مباني العروة الوثقى

محاضرات زعيم الحوزة العلمية آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

دام ظله العالي

الجزء الاول

بسم الله الرحمن الرحیم

مبانی العروة الوثقی

کاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

دار العلم

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

مبانی العروه الوثقی المجلد ۱

اشاره

نام کتاب: مبانی العروه الوثقی

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: خویی، سید ابو القاسم موسوی

تاریخ وفات مؤلف: ۱۴۱۳ ه ق

زبان: عربی

قطع: وزیری

تعداد جلد: ۲

ناشر: منشورات مدرسه دار العلم- لطفی

تاریخ نشر: ۱۴۰۹ ه ق

نوبت چاپ: اول

مکان چاپ: قم- ایران

مقرر: خویی، شهید، سید محمد تقی موسوی

تاریخ وفات مقرر: ۱۴۱۵ ه ق

[کتاب المضاربه]

اشاره

(کتاب المضاربه) و تسمی قراضا عند أهل الحجاز. و الأول من الضرب، لضرب العامل فی الأرض لتحصیل الربح، و المفاعله باعتبار کون المالک مسببا له و العامل مباشرا (۱)

---

(۱) ما أفاده (قده) إنما هو لتوجیه صدق المفاعله فی المضاربه، حیث أن باب المفاعله یقتضی صدور الفعل من اثنین و هو غیر

متحقق فى المقام، فان القرض إنما يكون من المالک خاصه و الضرب من العامل فقط.

غير إننا ذكرنا فى مباحث المكاسب أن هيئه المفاعله و ان اشتهر وضعها للدلاله على صدور الماده من اثنين، إلا انه لا أساس له فإنها لا- تدل إلا- على قيام الفاعل و تصديه نحو تحقيق الماده فى الخارج سواء أتحقق ذلک أم لم يتحقق؟ فيقال: خادعته فلم ينخدع. و الشواهد على ذلک كثيره حيث تستعمل هذه الهيئه و لا- يراد منها سوى تصدى الفاعل- و لوحده- للفعل فيقال: سايرته و دافعته- و لو كان الطرف الآخر واقفا لا يتحرک- و طالعت و ناولته إلى غير ذلک.

نعم قد تقتضى الماده فى بعض الموارد القيام فى اثنين كالمساواه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۲

و الثانى من القرض بمعنى: القطع لقطع المالک حصه من ماله و دفعه إلى العامل ليتجر به. و عليه العامل مقارض بالبناء للمفعول و على الأول مضارب بالبناء للفاعل.

و كيف كان: عباره عن دفع (۱) الإنسان مالا إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح المالک، و لا ان يكون تمامه للعامل، و توضيح ذلک: أن من دفع مالا إلى غيره للتجاره (تاره): على أن يكون الربح بينهما، و هى مضاربه. (و تاره): على أن يكون تمامه للعامل،

و المقابله و المحاذاه و المشارکه و غيرها حيث انها لا تتحقق إلا بطرفين غير ان ذلک أجنبى عن الهيئه و انما هو من خصوصيات الماده.

و الذى يدلنا على ما ندعيه قوله تعالى: «يُخادِعُونَ اللّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ ما يَخْدَعُونَ إِلّا أَنْفُسَهُمْ وَ ما يَشْعُرُونَ» «۱» فإنها تدلنا على عدم اتحاد مفهوم خادع مع مفهوم خدع حيث ان الثانى ظاهر فى تحقق الماده فى الخارج فى حين ان الأول لا يدل إلا على تصدى الفاعل و ارادته لذلک من غير اعتبار لتحققه فى الخارج.

و على هذا الأساس فلا حاجه لتحمل عناء ما ذكر من التأويلات لتصحيح صدق المفاعله على المضاربه، فإنها صادقه عليها حقيقه و من غير حاجه إلى التأويل نظرا لقيام المالک مقام الضرب و تصديه للقرض.

(۱) بل هو عقد بين المالک و العامل.

---

(۱) سوره البقره آيه ۹.

و هذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصده (۱) (و تاره): على أن يكون تمامه للمالک و يسمى عندهم باسم البضاعه (و تاره): لا يشترطان شيئا و على هذا أيضا يكون تمام الربح للمالک (۲) فهو داخل فى عنوان البضاعه و عليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله (۳) إلا أن يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصدا للتبرع، و مع عدم الشرط و عدم قصد

التبرع أيضا له أن يطلب الأجره، الا أن يكون الظاهر منهما فى مثله عدم أخذ الأجره و الا فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع.

---

(۱) و الا فيبقى المال فى ملك المالك و مقتضى قانون تبعيه الربح لرأس المال كونه بأكمله للمالك.

و بعباره أخرى: ان القرض يتوقف على القصد، فإن قصدا ذلک كان المال ملكا للعامل و حينئذ فتكون الأرباح- و بمقتضى القاعده- ملكا له أيضا، و الا- بان قصد المالک إبقاء المال على ملكه- كانت المعامله من المضاربه الفاسده، فتجرى عليها أحكامها، و ذلک لأن كون تمام الربح للعامل غير ممضى شرعا لعدم الدليل عليه، و مقتضى القاعده تبعيه الربح للمال.

(۲) بموجب القاعده، حيث أن كون بعضه أو كله للعامل يحتاج إلى جعل من المالک و إمضاء من الشارع، و هما معا مفقودان.

(۳) ما أفاده (قده) بالنسبه إلى القسم الثالث- البضاعه-

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۴

....

ينافى ما التزم به فى المسأله الرابعه عشره من كتاب المساقاه حيث صرح بعدم استحقاق العامل للأجره فيما إذا اشترط المالك انفراده بالثمر، لكونه حينئذ متبرعا. فان المسئلتين من واد واحد.

و الظاهر ان ما ذكره (قده) فى باب المساقاه هو الصحيح، فان لهذا الكلام- اعنى طلب العمل على أن لا يكون له من الربح شى ء- ظهورا عرفيا فى التبرع و العمل المجانى، و عليه فلا يكون له بإزاء عمله شى ء لا من الربح- للتصريح بعدمه- و لا أجره المثل- للتبرع بالعمل.

و أما ما أفاده بالنسبه إلى القسم الأخير فهو تام و متين و ذلک لأن أمر الغير بعمل له قيمه و ماليه لدى العرف، تاره يكون ظاهرا فى المجانيه فحينئذ لا أجره للعامل نظرا لكون الأمر متعلقا بحصه

معینه هی العمل المجانی، فکأن العامل قد فعل هذا الفعل من غیر أمر.

و أخری لا- یکون له ظهور فی المجانیه و فی هذا الفرض ان قصد العامل التبرع و المجانیه، فلا یستحق الأجره علیه أیضا، لأنه متبرع به و بذلک فقد فوت علی نفسه ما کان یستحقه من الأجره و ان أتی به بقصد الأجره- کما هو الغالب فی أکثر المعاملات الخارجیه، فیؤمر الحمال بحمل المتاع من غیر تحدید للأجره- فحینئذ و بطبیعه الحال و بمقتضی السیره العقلائیه القطعیه یستحق العامل علیه الأجره فیکون الآمر ضامنا لها.

بل و کذا الحال فیما لو کان لمتعلق الأمر مالیه کأمر الخباز بإعطاء الخبز للفقیر، فإنه لو لم یکن للأمر ظهور فی المجانیه و قصد الدافع أخذ الثمن، کان الآمر مطالبا به.

و علی هذا ففیما نحن فیه: إذا فرض انه لم یکن أمر المالک

و یشترط فی المضاربه الإیجاب و القبول (۱) و یکفی فیهما کل دال قولا أو فعلا (۲) و الإیجاب القولی کأن یقول، ضاربتک علی کذا، و ما یفید هذا المعنی، فیقول: قبلت.

[و یشترط فیها أیضا- بعد البلوغ و العقل و الاختیار]

اشاره

و یشترط فیها أیضا- بعد البلوغ و العقل و الاختیار (۳) و عدم الحجر لفلس (۴) أو جنون (۵)- أمور:

للعامل بالتجاره ظاهرا فی المجانیه- کما هو الغالب فی أکثر الأوامر المتعلقه بالاعمال- فللعامل المطالبه بأجره مثل عمله فیما لم یقصد التبرع سواء أتحقق الربح أم لم یتحقق، علی ما تقتضیه القاعده.

(۱) لیتحقق بهما مفهوم العقد و المعامله، کما هو الحال فی سائر العقود.

(۲) لما عرفت غیر مره من انه مقتضی القاعده فی العقود حیث لا یعتبر فیها الا الاعتبار النفسانی و إبرازه بمبرز فی الخارج و هو

متحقق فی المقام.

نعم لا بد من رفع الید عن القاعده فیما دل الدلیل علی اعتبار لفظ خاص فیه- کالطلاق- أو مطلق اللفظ- کالنکاح.

(۳) بلا خلاف فیها، فإنها من الشرائط العامه المعتبره فی کل عقد.

(۴) مقتضی إطلاق العباره ان المفلس لا تصح منه المضاربه سواء أ کان مالکا أم عاملا، الا أن الإطلاق غیر مراد جزما فإنه لا محذور فی کونه عاملا و سیجی ء منه (قده) التصریح بصحتها حینئذ

(۵) لا یبعد ان یکون مراده (قده) منه السفه لأن حمله علی

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۶

[الأول: أن یکون رأس المال عینا]

الأول: أن یکون رأس المال عینا (۱) فلا تصح بالمنفعه و لا بالدین، فلو کان له دین علی أحد لم یجز أن یجعله مضاربه إلا بعد قبضه. و لو أذن للعامل فی قبضه، ما لم یجدد العقد بعد القبض، نعم لو و کله علی القبض و الإیجاب من طرف المالک و المقبول منه، بأن یکون موجبا قابلا، صح.

معناه الحقیقی أی ما یقابل العقل یوجب کونه مستدرکا لأنه (قده) قد اعتبر فیها العقل صریحا.

ثم بناء علی الأول، مقتضی إطلاق کلامه (قده) اعتبار عدمه فی کلا طرفی المضاربه و قد صرح بذلک بعضهم غیر ان أکثر الفقهاء لم یتعرضوا لذلک فی کتاب المضاربه و إنما اقتصروا علی ما ذکروه فی باب الحجر من ان السفیه محجور علیه فی ماله.

و کیف کان: فاعتباره بالنسبه إلی المالک مما لا خلاف فیه فإنه لیس للسفیه ان یعقد المضاربه مع العامل لکونه محجورا عن التصرف فی أمواله و أما اعتباره بالنسبه إلی العامل فلا وجه له إذ لا یعتبر قبول ذلک منه تصرفا فی أمواله- کما هو واضح- بل و لا عمله الذی هو

بحکم المـال، و ذلـک لأـن العامـل لاـ یملـک المالـک عمله، و إنما المضاربه عقـد شبیه بالوکاله- کما عن المحقق (قـده)- أو الجعاله.

و علیه فلا وجه لاعتبار عـدم السـفه فیه فإنه غیر ممنوع منهما بل ذکر غیر واحد منهم أن له أخذ عوض الخلع لکونه من تحصـیل المال لا التصرف فی أمواله.

(۱) اعتبره غیر واحد من الفقهاء، نظرا لاختصاص أدلتها الخاصه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۷

....

بالعین فلا یمکن الحکم بالصحه فی المنفعه و الدین لعدم الدلیل علیها.

و خالف فیه بعض فالتزم بالصـحه تمسـکا بالأدله العامه و عمومات التجاره بدعوی ان مقتضاها نفی اشتراط ما یحتمل اعتباره فی العقد.

و قد أشکل علیه فی بعض الکلمات بأنه لا مجال للتمسک بهذه العمومات فی نفی اعتبار ما یحتمل اعتباره بالنسبه إلی العقد.

و الـذی ینبغی أن یقال: أن العقـد الواقع فی الخارج قـد یکون من قبیل البیع و الإجاره و نحوهما مما یکون التملیک من کل من الطرفین للآخر تملیکا لما یملکه، و فیه لا مانع من التمسک بعمومات التجاره و قد تمسکنا بها لإثبات صحه المعامله المعاطاتیه.

و قـد لاـ یکون کـذلک بان لا یکون فیه تملیک من أحـد الطرفین ماله للآخر، کالمضاربه و المزارعه و المساقاه حیث لا یملک المالـک العامـل إلاـ حصه من الربـح و هی غیر متحققه بالفعـل لأـنه لاـ یملک إلا أصل ماله، فکیف یصـح تملیکها لغیره؟ و فیه فالقاعـده تقتضـی البطلان و لا عموم یقتضـی صـحته، و علیه فیکون تمام الربح للمالک نظرا لتبعیه المنافع للأصل و کون بعضـه للعامـل رأسـا و ابتـداء علی خلاـف القاعـده فی العقود إذ مقتضاهـا کون العوض لمن له المعوض فمن یبـذل المثمن له الثمن و العکس بالعکس

فلا وجه لكون بعضه للعامل.

و انتقاله آنا ما إلى ملك المالك و من ثم إلى العامل و ان كان معقولا إلا انه على خلاف قانون المضاربه و المزارعه و المساقاه.

على انه من تمليك ما لا يملك فعلا إذ ليس له الآن السلطنه عليه و لذا لم يستشكل أحد فى بطلان العقد إذا لم تكن حصه العامل من ربح ما يتجر به، بان يقول له المالك: اتجر بهذا المال و لك الربع من

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۸

....

أرباح تجارتى الخاصه أو من ثمر بستانى فى العام القادم.

و الحاصل: ان الصحه فى هذه الموارد التى ليس فيها شى ء مملوك للمملك بالفعل يملكه لغيره، تحتاج إلى دليل خاص، فان كان فهو و الا فالقاعده تقتضى البطلان نظير ما تقدم فى إجاره الأرض بحاصلها أو بيع ما سيرثه من مورثه، فإنها غير مشموله لأدله التجاره عن تراض و صحتها على خلاف القاعده، فلا بد لا ثباتها من دليل خاص و الا فهى محكومه بالفساد.

على أن المضاربه تزيد على غيرها فى الاشكال بأنها لا تنحصر- غالبا- بالتجاره مره واحده، بل تكون من التجاره المستمره و المتعدده، و على هذا فلو فرض أن رأس المال مائه دينار و كان للعامل نصف الربح، فاتجر العامل به و اشترى سلعه بمائه دينار ثم باعها بمائتى دينار، كان مقتضى العقد اختصاص المالك بمائه و خمسين دينارا و اختصاص العامل بخمسين دينارا فقط، فلو اشترى بعد ذلك شيئا بمائتى دينار ثم باعه بأربعمائه دينار، فمقتضى العقد ان يكون للعامل مائه و خمسون دينارا و للمالك مأتان و خمسون دينارا، و هو مخالف للقاعده من حيث أن المائتين دينارا الحاصله من التجاره الثانيه إنما

هی ربح لمجموع خمسین دینارا- حصه العامل- و مائه و خمسین دینارا- حصه المالک- و مقتضی القاعده ان یکون ربع هذا المبلغ له و الثلاثه أرباع الباقیه بینه و بین المالک و هذا یعنی ان یکون للعامل من مجموع الأربعمائه، مائه و خمسه و سبعون دینارا و للمالک منه مائتان و خمسه و عشرون دینارا فقط، و الحال انه لا یأخذ إلا مائه و خمسین دینارا، و لازمه ان یکون ربح العامل أیضا مناصفه بینه و بین المالک و هو علی خلاف القاعده حیث ان المالک لم یعمل فیه شیئا بل ذلک

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۹

....

المال حصه العامل بتمامه و العمل فیه من العامل فلا وجه لأن یکون للمالک نصف ربحه.

و من هنا فلو کنا نحن و القاعده و لم یکن هناک دلیل علی الصحه لالتزمنا بفساد عقد المضاربه بقول مطلق، و انما قلنا بالصحه فیها للنصوص الخاصه و علیه فلا بد فی تحدید ما یعتبر فی الحکم بالصحه من اتباع دلالتها فبمقدار تلک الدلاله یحکم بالصحه، و الباقی بما فی ذلک المشکوک یبقی علی أصل الفساد.

و علیه فنقول: أما بالنسبه إلی الدین فیکفی فی الحکم بفساد المضاربه به معتبره السکونی عن أبی عبد اللّه (ع) قال: (قال أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل له علی رجل مال فیتقاضاه و لا یکون عنده فیقول: هو عندک مضاربه، قال: لا یصلح حتی تقبضه منه) «۱» علی أن المذکور فی أدله المضاربه عنوان «إعطاء المال» و هو ظاهر فی دفع العین فلا تشمل الأدله الدین و یکفینا فی ذلک الشک حیث عرفت ان مقتضی الأصل البطلان.

و أما بالنسبه إلی المنفعه فالمعروف و المشهور بینهم

هو عدم الجواز لكن يمكن أن يقال: ان التعبير فى أدله المضاربه بالمال لا سيما ما ورد فى الوصيه بالمضاربه بمال أولاده، شامل للمنفعه أيضا حيث لا دليل على بطلان المضاربه بها خلافا للدين.

إلا انه مردود: بان الظاهر من نصوص المضاربه ان موضوعها إعطاء المالك ماله للعامل كى يعمل به على ان يكون رأس المال محفوظا و الربح بينهما على حسب ما يتفقان عليه، و هو لا ينطبق على المنفعه

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ب ٥ من أبواب أحكام المضاربه ح ١.

و كذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضا (١) الا ان يوكله فى تعيينه ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب و القبول بتولى الطرفين.

[الثانى: أن يكون من الذهب أو للفضه المسكوكين بسكه المعامله]

الثانى: أن يكون من الذهب أو للفضه المسكوكين بسكه المعامله بأن يكون درهما أو دينارا: فلا تصح بالفلوس و لا بالعروض، بلا خلاف بينهم، و ان لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع. نعم تأمل فيه بعضهم، و هو فى محله، لشمول العمومات، الا ان يتحقق الإجماع، و ليس ببعيد (٢) فلا يترك الاحتياط.

حيث انها غير قابله للبقاء نظرا إلى أنها تتلف بنفسها و من هنا فكل ما يكون فى قبالها يكون بأجمعه ربحا، و لذا قالوا فى باب الخمس ان كل ما يقع بإزاء المنافع سواء الأعيان و غيرها يكون متعلقا للخمس و ليس ذلك إلا لكونه بأجمعه ربحا لا أن الأصل محفوظ و الباقى هو الربح.

إذن: فما ذكره المشهور من عدم صحه المضاربه بالمنفعه إن لم يكن أقوى فهو أحوط.

هذا بناء على جواز المضاربه بمطلق المال و ان لم يكن من الأثمان و أما بناء على عدم جوازه فلا

ينبغى الإشكال فى عدم جواز المضاربه بالمنفعه.

(۱) للقاعده و معتبره السكونى- على ما تقدم.

(۲) الظاهر أن الإجماع المدعى من الإجماع المنقول فلا يمكن

و لا بأس بكونه من المعشوش الذى يعامل به (۱) مثل الشاميات و القمرى و نحوهما.

الاعتماد عليه لا سيما بعد خلو كلمات غير واحد من الأصحاب من التعرض اليه.

و كيف كان: فالأصل فى هذه الدعوى كلام القاضى فى الجواهر الا ان عبارته صريحه فى دعوى الإجماع. على صحه المضاربه بالدراهم و الدنانير، و أين هذا من دعوى الإجماع على بطلانها فى غيرهما؟ فان بينهما بونا بعيدا.

و منه يظهر ان الإجماع بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) غير متحقق فى المقام، و معه فلا موجب لرفع اليد عن إطلاقات الأدله المعتبره للمال فى المضاربه، حيث لم يثبت تقييد بكونه من الدراهم أو الدنانير. فان هذا العنوان كما يصدق عليهما يصدق على غيرهما من الأثمان و الأموال المتمحضه فى الماليه.

نعم الحكم لا- يعم العروض باعتبار ان الربح و الخسران إنما يلاحظان بالنسبه إلى ما هو متمحض فى الماليه و هو الأثمان التى يتحفظ بها أولا ثم يلاحظ ربحها و خسارتها.

إذن: فما اختاره صاحب الحدائق (قده) من عدم اعتبار هذا الشرط هو الصحيح.

(۱) إذ العبره- بناء على اعتبار كونه من الذهب و الفضه و المسكوكين- بصدق الدرهم و الدينار و هو صادق على المغشوش على حد صدقه على الخالص بل الخالص منهما إما لا يكون أو يكون نادرا جدا، و قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى باب الزكاه

نعم لو كان مغشوشا يجب كسره، بان كان قلبا لم يصح (۱) و

ان كان له قيمه، فهو مثل الفلوس. و لو قال للعامل: بع هذه السلعه و خذ ثمنها قراضا لم يصح (٢).

نعم لو كان الغش بحد يمنع صدق الاسم عليه منع من صحه المضاربه به، بناء على القول باعتبار كون مال المضاربه درهما و دينارا.

(١) بان كان الغش فى الهيئه لا الماده، بان صب الذهب و الفضه بشكل الدراهم و الدنانير فإنه لا يكون حينئذ من الأثمان و تقدم اعتبار كون مال المضاربه منها.

و بذلك يظهر الفرق بينه و بين الفلوس.

(٢) و كأنه لأن الذى يعطيه المالك العامل ليس بالفعل درهما أو دينارا و قد اعتبر كون مال المضاربه منهما، و ثمنه و ان كان منهما إلا انه حين إعطاءه لم يكن مالكا لذلك، و إنما يملكه بعد البيع و فيه ما لا يخفى، فانا و ان سلمنا عدم صحه المضاربه بالعروض، الا انه إذا قصد المعطى المضاربه بالبدل و الثمن- كما هو صريح عبارته- كان ذلك فى الحقيقه توكيلا للعامل فى جعل الثمن قراضا- كما هو الحال فى سائر موارد الأمر بالأمور المترتبه كان يقول بع دارى و أصرف ثمنه على الفقراء فإنه توكيل فى الصرف عليهم لا محاله.

و من هنا فإذا نفّذ العامل ذلك فباع المتاع ثم تصدى للتجاره بالثمن كان فعله هذا إيجابا للمضاربه بالوكاله من المالك و قبولا منه هو.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣

إلا أن يوكله فى تجديد العقد عليه بعد ان نض الثمن

[الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا]

الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا (١).

و محذور كونها مضاربه معاطاتيه، مدفوع بأنه لا اشكال فيها حيث عرفت ان مقتضى العمومات عدم اعتبار اللفظ فى صحه العقد إلا ما خرج بالدليل.

(١) ذكر صاحب الجواهر (قده)

فی وجهه: ان الجهاله تمنع من تحقق الربح الذی ینبغی ان یکون مشترکا بین المالک و العامل و حیث انه روح هذه المعامله فیحکم ببطلانها.

و فیه: انا لو سلمنا عموم النهی عن الغرر للمضاربه أیضا، فالمقام خارج عنه تخصصا إذ لا غرر فی هذه المعامله من ناحیه المضاربه.

فإنه لو اعطی المالک العامل کیسا مملوءا بالدنانیر و أمره بالمضاربه بها من دون ان یعلما مقدارها أو وصفها، لم یکن ذلک غرریا من جهه تمکن العامل من عدّها بعد ذلک و اخبار المالک به فیرتفع جهلهما لکونه أمینا عنده.

علی أن لو لم یتمکن من عدها، فیکفی فی رفع الغرر ان المعامله بذلک المال یستلزم علمه و لو تدریجا بمقداره، فإنه کلما یشتری شیئا لیتجر به یعرف ما اخرج بإزاءه من الکیس إلی ان ینتهی کلما فیه و حینئذ یرتفع غرره و یعلم بما کان فی الکیس حین قبضه.

ثم لو فرضنا عدم ذلک أیضا فالربح یکون مشترکا بین العامل و المالک و حینئذ فیمکن حل المشکله بالرجوع إلی التصالح- إن أمکن- و الا فیحلها الحاکم و لو بالقرعه.

و لیس فی شی ء من ذلک أی غرر حیث انه عباره عن الخطر

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۴

و لا تکفی المشاهده و ان زال به معظم الغرر (۱).

[الرابع: أن یکون معینا]

الرابع: أن یکون معینا (۲) فلو أحضر مالین و قال:

قارضتک بأحدهما أو بأیهما شئت، لم ینعقد الا ان یعین ثم یوقعان العقد علیه.

المالی أو العرضی أو النفسی، و کلها مفقود فی المقام فان الربح لکل منهما مضمون.

إذن: فالظاهر عدم اعتبار هذا الشرط فی عقد المضاربه، نظرا لعدم الدلیل علیه.

(۱) خلافا لما حکی عن الشیخ (قده) من الاکتفاء بها لما ذکره و

قد ظهر الحال فيه مما تقدم.

(۲) لم يظهر لنـا وجهه، فـان دعوى: ان أحـدهما و الفرد المبهم لاـ وجود له في الخـارج، إذ الموجود فی الخـارج إنمـا هو الفرد المعين المشخص فلا تصح المضاربه به.

مـدفوعه: بمـا ذكرنـاه فی مبحث الواجب التخييرى من المباحث الأصوليه، من أن الفرد المردد و ان لم يكن له وجود فی الخارج الاـ أن الجـامع الـذى هو عباره عن عنوان أحـدهما موجود في الخارج لا محاله، فإنه موجود بوجود الفردين و لـذا يقال: انه يعلم بنجاسه أحد الإنائين و الحال ان الذى لا وجود له كيف يعلم بنجاسته؟.

إذن: فلا مانع من إيقاع المضاربه على أحدهما، فإنه مشـمول للعنوان الوارد فی النصوص اعنی دفع المال للتجاره و حينئذ فيكون التخيير للعامل أو المالك على حسب ما يتفقان عليه.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۵

نعم لاـ فرق بين أن يكون مشاعـا أو مفروزا (۱) بعـد العلم بمقداره و وصـفه، فلو كان المال مشتركا بين شخصـين فقال أحدهما للعامل: قارضـتک بحصتی فی هـذا المال صـح مع العلم بحصـته من ثلث أو ربع. و كذا لو كان للمالک مائه دينار- مثلا- فقال: قارضتک بنصف هذا المال صح.

[الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما]

الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما (۲) فلو جعل لأحدهما مقدارا معينا و البقيه للآخر، أو البقيه مشتركه بينهما لم يصح (۳).

---

(۱) لصدق المال المذكور فی النصوص عليهما على حد سواء.

(۲) لتقوم مفهوم المضاربه به و الا فيكون داخلا فی مفهوم الإجاره أو الجعاله و على كلا التقديرين يحكم ببطلان العقد لأن غير المملوک بالفعل لا يصلح ان يكون أجره أو جعلا بإزاء عمل العامل

(۳) ما أفاده (قده) إنما يتم فيما إذا لم يكن وثوق بزياده الربح

عن المقدار الذى جعل لأحدهما تعيينا. فإنه حينئذ تخرج المعامله عن المضاربه حيث ان معه لا يبقى للآخر شى ء من الربح.

و أما إذا كان هناك وثوق بزياده الربح عن المقدار المعين، فقد استدل للبطلان فيه، بان ظاهر كون الربح مشتركا بين المالك و العامل- على ما دلت عليه النصوص- هو اشتراكهما فى كل جزء منه على نحو الإشاعه.

و من هنا فاختصاص أحدهما بجزء منه دون الآخر يكون على خلاف

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۶

[السادس: تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك]

السادس: تعيين حصه كل منهما (۱) من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، الا أن يكون هناك متعارف ينصرف اليه

مفهوم المضاربه فلا يشمله دليلها و القاعده تقتضى البطلان.

و فيه: انه لا يستفاد من أدله المضاربه كون كل جزء من الربح مشتركا بينهما- كما قيل- و إنما المستفاد منها ان مجموع الربح يكون بينهما فى قبال اختصاص أحدهما به، و هو صادق فى المقام أيضا فإنه إذا استثنى المالك لنفسه عشره دنانير- مثلا- على أن يكون باقى الربح بينهما مناصفه كان مرجع ذلك إلى المضاربه بالمال على ان يكون للعامل نصف الربح الا خمسه دنانير و هو لا محذور فيه مع الوثوق بزياده الربح على عشره دنانير لصدق كون الربح بينهما مشتركا و مشاعا و قد التزم الماتن (قده) بجواز ذلك فى المساقاه مع أن المضاربه و المزارعه و المساقاه من هذه الجهه من واد واحد و لا فرق بينهما.

إذن: فالحكم بالبطلان فى هذه الصوره لا يخلو عن اشكال بل منع.

(۱) فان الملك لا بد و ان يتعلق بأمر معين، فإن الشى ء الذى لا واقع له لا يصلح ان يكون مملوكا لأحدهما. و حيث ان النسبه المجهوله لا واقع لها

فلا يصلح تمليكها للعامل.

هذا إذا كانت النسبه مجهوله و مردده فى الواقع، و أما إذا كان لها واقع لكنهما لم يكونا يعلمان بها، كما لو ضاربه بالنسبه التى اتفقا عليها فى السنه الماضيه مع نسيانهما لها، فهل يحكم بصحتها أم لا؟

قيل بالثانى من جهه استلزامه للغرر.

إلا انک قد عرفت ما فيه حيث لا خطر على العامل فى الربح

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۷

الإطلاق (۱)

[السابع: ان يكون الربح بين المالك و العامل]

السابع: ان يكون الربح بين المالک و العامل، فلو شرطا جزءا منه للأجنبى عنهما لم يصح (۲) الا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره (۳) نعم ذكروا أنه لو أشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح، و لا بأس به خصوصا على القول بان العبد لا يملک لأنه يرجع إلى مولاه، و على القول الآخر يشكل، الا انه لما كان مقتضى القاعده صحه

و إنما الشک فى زيادته و نقصانه، على انه لم يثبت نهيه (ص) عن مطلق الغرر.

إذن فلا مانع من الالتزام بصحتها، إذ يصدق معه ان المالک اعطى ماله للعامل ليتجر به على ان يكون الربح مشتركا بينهما بنحو الإشاعه على النسبه المعينه فى الواقع.

لكن لا يخفى ان ظاهر عباره الماتن (قده) هو القسم الأول فإنه (قده) غير ناظر إلى فرض كون النسبه معلومه فى الواقع.

(۱) حيث به يحصل العلم بالمقدار.

(۲) و ذلک لأن مقتضى القاعده- و كما عرفت- هو تبعيه المنافع بأكملها لرأس المال فى الملكيه. و إنما خرجنا عنهما فى المضاربه حيث يكون بعض الربح للعامل بالدليل الخاص. و حيث لا دليل على جواز الجعل للأجنبى يكون باطلا لا محاله بعد أن لم يكن له شى ء من رأس المال أو العمل.

(۳) لأنها فى الحقيقه ترجع

إلى المضاربه مع اثنين

الشرط حتى للأجنبى (۱). و القدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاما لأحدهما، فالأقوى الصحه مطلقا، بل لا يبعد القول به فى الأجنبى أيضا و ان لم يكن عاملا لعموم الأدله (۲).

[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل فلو اشترط المالك ان يكون بيده لم يصح لكن لا دليل عليه (۳) فلا مانع ان يتصدى العامل للمعامله مع كون المال بيد المالك كما عن التذكره.

[التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجاره]

التاسع: ان يكون الاسترباح بالتجاره، و أما إذا كان بغيرها- كأن يدفع اليه ليصرفه فى الزراعه مثلا و يكون

---

(۱) مراده (قده) من القاعده هى العمومات و الإطلاقات، غير انك قد عرفت منا غير مره إنكار ذلك حيث ليس لدينا إى عموم أو إطلاق يشمل تمليك ما لا يملك، و لذا لو اشترط شيئا من الربح للأجنبى فى غير عقد المضاربه لم يصح جزما لأنه من تمليك المعدوم.

إذن: فالصحيح ان الجعل للأجنبى غير جائز سواء أ كان الأجنبى عبدا لأحدهما- بناء على ملكيه العبد كما هو الصحيح- أم لم يكن.

(۲) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(۳) إذ المضاربه انما تكون باعتبار صدور العمل من العامل و رجوع الربح اليه و إلى المالك مشتركا على النسبه المتفق عليها، و أما كون المال بيد العامل فلم يدل عليه دليل بل ربما لا يكون فى العامل وثوق

الربح بينهما- يشكل صحته (۱) إذ القدر المعلوم من الأدله هو التجاره. و لو فرض صحه غيرها للعمومات- كما لا يبعد (۲)- لا يكون داخلا فى عنوان المضاربه.

[العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل]

العاشر: ان لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل

فیبقی المالک ماله فی یده تحفظا علیه.

نعم بعض النصوص تضـمن التعبیر ب «یعطی مالا» و هو ظاهر فی الـدفع الیه و جعله فی یـده، الا أن التقیید وارد فی کلام السائل دون جوابه (ع) فلا یدل علی اعتبار کونه فی ید العامل و عدم صحتها عند الخلاف.

علی أن بعض النصوص مطلقه ففی بعضها. (الرجل یقول للرجل: ابتاع لک متاعا و الربح بینی و بینک) «۱» و فی بعضها.

(الرجل یعمل بالمال مضاربه) «۲» و غیرها، فان هذه التعابیر إن لم تکن ظاهره

فی کون المال فی ید المالک فلا أقل من کونها عامه لکلا الطرفین.

(۱) لاختصاص المضاربه علی ما یستفاد من نصوصها بالاسترباح بالتجاره.

(۲) بل هو بعید، لما عرفت من عدم تمامیه العمومات و احتیاج الحکم بالصحه فی هذه المعاملات إلی الدلیل الخاص و حیث انه مفقود فالقاعده تقتضی البطلان.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ ب ۳ من أبواب أحکام المضاربه ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ ب ۱ من أبواب أحکام المضاربه ح ۳.

عن التجاره به، مع اشتراط المباشره من دون الاستعانه بالغیر، أو کان عاجزا حتی مع الاستعانه بالغیر، و الا فلا یصح (۱) لاشتراط کون العامل قادرا علی العمل.

کما ان الأمر کذلک فی الإجاره للعمل، فإنه إذا کان عاجزا تکون باطله و حینئذ فیکون تمام الربح للمالک و للعامل أجره عمله

---

(۱) فیه اشکال بل منع فإن المضاربه کغیرها من العقود تنحل إلی عقود متعدده علی أجزاء رأس المال و ان کانت بحسب الإنشاء واحده حالها فی ذلک حال سائر العقود، و من هنا فحیث ان المفروض ان العامل لیس بعاجز عن التجاره بجمیع أجزاء ذلک المال و ان کان عاجزا عن الاتجار بمجموعه، فلا موجب للحکم بالبطلان من رأس و فی جمیع المال، بل یتعین الحکم بالصحه فیما یقدر علیه و البطلان فیما یعجز عنه، فإنه لا محذور فیه سوی توهم ان الجهاله بالمقدار المقدور یستتبع الغرر الموجب لبطلان العقد، الا انک قد عرفت ما فی هذا التوهم حیث لا غرر فلا موجب للحکم بالفساد.

نعم لو کانت أجره المثل فی الخارج أقل من الربح المجعول للعامل و کان المالک حین العقد جاهلا بعجز العامل عن الاتجار ببعض المال کان له الخیار

فی فسخ العقد من رأس لتخلف الشرط و هو انضمام المضاربه بکل جزء بالمضاربه بالجزء الآخر کما هو الحال فی سائر موارد تبعض الصفقه، فیثبت للعامل أجره مثل عمله حینئذ، أو إمضاء العقد فی ذلک الجزء فیکون له ما اتفقا علیه من النسبه، و أما الحکم بالبطلان

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۱

....

من رأس- کما أفاده الماتن (قده)- فلا وجه له و لا یمکن المساعده علیه.

و بعباره أخری نقول: ان المقدار المقدور تاره یکون متمیزا عن غیر المقدور و أخری لا یکون کذلک ففی الأول لا ینبغی الشک فی صحه المعامله بالنسبه إلی المقدار المقدور فإنه من ضم المعامله الصحیحه إلی المعامله الفاسده نظیر بیع الخنزیر و الشاه جمله أو بیع ماله و مال غیره کذلک فإنها تتبعض لا محاله فتبطل فی الخنزیر و مال الغیر و تصح فی الشاه و ماله.

و هذا جار فی الإجاره أیضا فإنه لو آجره لعملین أحدهما مقدور و الآخر غیر مقدور دفعه صحه صحه بالنسبه إلی المقدور و بطلت بالنسبه إلی غیره.

و الحاصل: إن ضم معامله صحیحه إلی أخری فاسده لا یوجب البطلان بالنسبه إلی الصحیحه، بل تنحل المعامله الواحده إلی معاملتین فتصح بالنسبه إلی الواجده للشرائط و تبطل بالنسبه إلی غیرها- و منه یتضح فساد ما ذکره (قده) من عدم استحقاق العامل شیئا من الربح فان له النسبه المتفق علیها من ربح ما اتجر به لانکشاف کونه مقدورا و صحیحا.

و فی الثانی: فیحکم بالصحه فی المقام أیضا و ان کنا نحکم بالفساد فی الإجاره باعتبار انه یعتبر فیها معلومیه العمل بخلاف المضاربه حیث قد عرفت انه لا یعتبر فیها معرفه مقدار المال لعدم الغرر فی الجهل به و

على تقديره فلا دليل على نفيه بقول مطلق.

إذن: فلا موجب للحكم فيه بالبطلان فيما ظهر مقدوريته بعد ذلك من رأس بعد إن كانت المضاربه عقدا جائزا و لم يتضمن

مع جهله بالبطلان (۱) و يكون ضامنا

التمليك من الابتداء، و لا- مجال لقياسها بالإجاره التى هى من العقود اللازمه المتضمنه للتمليك من الطرفين بل المتعين هو الحكم بثبوت النسبه المعينه من الربح للعامل فيما إذا لم يكن المالك جاهلا بعجزه عن المضاربه بالجميع من أول الأمر و الا فهو بالخيار إن شاء أبقى المعامله كما كانت فيأخذ العامل نصيبه من الربح أو فسخ لتبعض الصفقه فيكون للعامل أجره مثل عمله.

(۱) ما أفاده (قده) متفرع على اختياره لبطلان المضاربه فى المقام فلا تثبت له الحصه المعينه من الربح و أما بناء على ما اخترناه من صحتها بالنسبه إلى المقدور فلا موضوع لهذا الكلام كما عرفت.

و كيف كان: فكأن الوجه فيما أفاده (قده) من استحقاق العامل لأجره مثل عمله عند جهله بالبطلان خاصه، هو عدم إقدام العامل حينئذ على التبرع بعمله و المجانيه بخلاف ما لو كان عالما بالفساد و عدم استحقاقه للنصيب المعين فإنه و بإقدامه بعد ذلك على العمل يكون مقدما على التبرع بالعمل و المجانيه.

إلا- إنك عرفت فى مبحث الإجاره ان العلم بالفساد لا- يعنى إقدام العامل على العمل مجانا بل غايه ما يقتضيه هو العلم بعدم إمضاء الشارع المقدس للعقد و عدم استحقاقه للنصيب المعين، و هو لا يعنى التبرع بعمله و الاقدام على المجانيه، و لذا يضمن كل من المتبايعين ما قبضاه بالعقد الفاسد حتى مع علمهما بالفساد.

و عليه: فلا وجه للقول بعدم استحقاق العامل لأجره مثل

عمله

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۳

لتلف المال (۱) إلا مع علم المالك بالحال (۲) و هل يضمن

على تقدير علمه بفساد العقد بل هو مستحق لها على كلا التقديرين نظرا لعدم إقدامه على المجانيه.

نعم استحقاقه لاجره المثل إنما هو فى فرض عدم زيادتها عن الحصه المعينه فى المضاربه الفاسده و الا فليس له الا ذلك المقدار لإقدامه على العمل بذلك المقدار و إلغاء احترامه بالنسبه إلى الزائد.

(۱) فيه اشكال بل منع فان الضمان إنما يثبت ببناء العقلاء أو ضم الدليل الشرعى اليه أو التعبد المحض فى موارد خاصه من تعد أو تفريط أو أخذ مال الغير بغير رضاه أو الإتلاف أو إقدام الآخذ على الضمان- كما هو الحال فى العقود الضمانيه- أو عاريه الذهب و الفضه، و لا شى ء من هذه العناوين متحققه فى المقام فان المفروض عدم التعدى أو التفريط و كلمه الأخذ ظاهره فى القهر و الغصب فلا تشمل ما إذا كان برضاه أو اختياره، و الإتلاف العمدى مفروض العدم و ليس الآخذ مقدما على الضمان بل و لم يسلمه المالك المال فى المقام على أن يكون دركه عليه و لا نص خاص يقتضى الضمان فى المقام.

و من هنا فمقتضى كون اليد أمانه مالكيه عدم الضمان فى المقام و يقتضيه مضافا إلى ذلك تسالمهم- على ما ذكره الشيخ الأعظم (قده)- على ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و بالعكس، فان مقتضاه عدم ثبوت الضمان فيما نحن فيه لأن المضاربه الصحيحه غير مضمونه فتكون فاسدتها كذلك.

(۲) ظهر مما تقدم انه لا وجه لتقييد عدم الضمان بفرض علم

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۴

حينئذ جميعه، لعدم التميز مع عدم الأذن فى

أخـذه على هـذا الوجه، أو القـدر الزائـد لأن العجز إنما يكون بسـببه فيختص به، أو الأول إذا أخـذ الجميع دفعه و الثانى إذا أخذ أولا بقـدر مقـدوره ثم أخـذ الزائـد و لم يمزجه مع ما أخذه أولا؟ أقوال: أقواها الأخير. (و دعوى): انه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع، و هو عـاجز عن المجموع من حيث المجموع، و لا ـ ترجيـح الآـن لأحـد اجزاءه إذ لو ترك الأـول و أخـذ الزياده لا يكون عاجزا (١) (كما ترى) إذ الأول وقع صحيحا و البطلان مستند إلى الثانى و بسببه (٢)

المالك بالحال، فإن أدله الضمان قاصره عن شمول المقام سواء علم المالك بالحال أم جهل.

(١) و بعباره أخرى: ان الدفعين الأول و الثانى لما كانا مبنيين على المضاربه الواقعه على الجميع و المحكوم عليها بالفساد بالنسـبه إلى جميع المال أيضا المقدور و غير المقدور- كما هو المفروض- لم يكن للتفصـيل و ترجيح الأول على الثانى وجه، فان العقد واحد و نسبه كل واحد من الدفعين إليه واحده أيضا.

(٢) و توضـيحه ان يقال: ان عقـد المضاربه لما كان جائزا من الطرفين و كان المالك غير ملزم بـدفع المال إلى العامل بعد العقد حيث انه ليس له مطـالبته به كمـا انه ليس للمالـك إلزام العامـل بالعمـل، فلا وجه لأن يقال ان تسـليم المالك للعامل من الجرى على المعامله الفاسده

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥

....

و نسـبه تلك المعامله إلى كلا الدفعين واحده، فإنه إنما يتم فى العقود اللازمه حيث لا يكون التسـليم بعد الحكم بالفساد بنفسـه مصـداقا لإنشاء ذلك العقـد، فيتعين كونه جريا على العقـد الفاسـد و أما فى العقود الجائزه التى يكون العمل بعـد العقـد الفاسـد بنفسه

مصداقا لذلک العقد فلا مجال لأن یکون العمل بعده جریا علی العقد السابق بحیث یری المالک نفسه ملزما به، بل هو بعینه یکون مصداقا لذلک العقد فلو اکره شخص آخر لیهب ماله الیه فوهب و من ثم سلم المال باختیاره الیه، لم یکن ذلک من الجری علی الهبه الفاسده، و إنما کان التسلیم بنفسه مصداقا للهبه.

و ما نحن فیه من هذا القبیل فان دفع المالک للمال بعد فساد المضاربه إلی العامل لا یمکن أن یکون جریا علی المعامله الفاسده و إنما هو مضاربه حقیقیه أنشأت بالفعل لا اللفظ، حیث ان المالک بدفعه للمال قاصد لمتاجره العامل به علی أن یکون الربح بینهما علی النسبه التی اتفقا علیها، فیحکم بصحته حیث لا موجب للحکم بالفساد فان مجرد کون العقد السابق اللفظی محکوما بالفساد لا یقتضی الحکم بالبطلان فیما أنشأ بعده بالفعل.

و علی هذا الأساس یتضح وجه ما أفاده الماتن (قده) من التفصیل فان المقدار المقدور المقبوض أولا مضاربه مستقله عن المضاربه بالمقدار الثانی حیث لا یکونان من الجری علی المضاربه القولیه الفاسده، فیحکم بصحه الأولی حیث لا موجب للبطلان و فساد الثانیه لکونها غیر مقدوره.

و الظاهر ان ما ذکرناه هو مراد الماتن (قده) من قوله: «إذ الأول وقع صحیحا» فإنه محمول علی أن الأول مضاربه معاطاتیه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۶

و المفروض عدم المزج (۱) هذا و لکن ذکر بعضهم أن مع العجز المعامله صحیحه فالربح مشترک و مع ذلک یکون العامل ضامنا مع جهل المالک. و لا وجه له لما ذکرنا مع أنه إذا کانت المعامله صحیحه لم یکن وجه للضمان. ثم إذا تجدد العجز فی الأثناء وجب علیه رد الزائد (۲) و

الا ضمن.

صحيحه، و الا فالجرى على العقد السابق فعل خارجى لا معنى لوصفه بالصحه و الفساد.

و بالجمله: فالمتعين بناء على القول ببطلان تمام المضاربه عند عدم القدره على بعضها، و الحكم بضمان العامل لتلف المال مع جهل المالك بالحال- كما بنى عليها الماتن (قده)- هو ما أفاده (قده) من التفصيل بين قبض المال جمله و تدريجا.

(۱) لم يظهر لنا وجه تقييد عدم الضمان فى المقدار المقدور المقبوض أولا بما إذا لم يمزج الثانى به بحيث لو مزجه لكان ضامنا للجميع فان المزج و عدم التمييز لا يقتضى ثبوت الضمان فيما لم يكن مضمونا من قبل، فإنه لا موجب للضمان فيه لا سيما و ان المالين ملك لمالك واحد.

(۲) يظهر وجهه مما تقدم، فان هذا المال بعد العجز عن المضاربه به يكون أمانه شرعيه فى يد العامل و عليه رده إلى مالكه فى أقرب أزمنه الإمكان.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۷

[مسائل]

[(مسأله ۱): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها. فضاربه عليها صح]

(مسأله ۱): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها. فضاربه عليها صح (۱) و إن كان فى يده غصبا أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك، لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم (۲) و دعوى: أن الضمان مغيى بالتأديه (۳) و لم تحصل، كما ترى (۴) و لكن ذكر جماعه بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئا و دفعه إلى البائع، فإنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى

---

(۱) إذ لا يعتبر فى المضاربه ان يكون المال عند المالك كى يقبضه إلى العامل.

(۲) فان موضوع الحكم بالضمان إنما هو اليد الضمانيه كيد الغاصب أو العاريه المضمونه و حيث ان هذا الموضوع تبدل بيد الامانه و المضاربه

ينتفى الضمان قهرا و يكون من السالبه بانتفاء الموضوع.

(۳) لقوله «ص» (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) «۱» حيث ان مقتضاه ثبوت الضمان إلى حين الأداء و التسليم.

(۴) فان هذه الروايه نبويه لم تثبت، و العبره فى الضمان إنما هى ببناء العقلاء أو المتشرعه عليه، و لا شى ء منهما متحقق فى المقام.

على أن موضوع هذا النص هو الاستيلاء على مال الغير على نحو يوجب الضمان كالغصب و العاريه المضمونه، و المفروض عدم بقاءه لأنه تبدل إلى الأمانه و معه فلا مجال لبقاء الحكم الأول نظير ما لو تبدل عنوان الغصب أو العاريه المضمونه بالإجاره و نحوها، فان

---

(۱) مستدرک الوسائل: باب ۱ من کتاب الوديعه ح ۱۲.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۸

دينه بإذنه (۱) و ذكروا نحو ذلك فى الرهن أيضا، و أن العين إذا كانت فى يد الغاصب فجعله رهنا عنده أنها تبقى على الضمان، و الأقوى ما ذكرنا فى المقامين لما ذكرنا.

[(مسأله ۲): المضاربه جائزه من الطرفين]

(مسأله ۲): المضاربه جائزه من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها (۲) سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده

معه أ فيحتمل الحكم ببقاء الضمان من دون موضوع؟.

بل لو تنزلنا عن هذا أيضا فإطلاق هذا النص معارض بإطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين، حيث ان المال و بعد اجازه المالك أمانه بيد العامل و مقتضى إطلاق أن الأمين لا يضمن عدم ضمانه بلا فرق فيه بين ما إذا كان مضمونا قبل ذلك و عدمه، و حينئذ فيتعارض الإطلاقان و من ثم يتساقطان و النتيجه هو الحكم بعدم الضمان.

إذن: فالصحيح هو الحكم بعدم الضمان تبعا للماتن (قده)، و لكن لا بد من تقييد ذلك بما إذا قامت القرينه على رضاه ببقاء

المال عند العامل. و الا فمجرد عقد المضاربه لا يقتضى سقوط الضمان و رضاه ببقائه عنده، إذ قد عرفت فيما تقدم انه لا يعتبر فى عقد المضاربه كون المال بيد العامل.

نعم الظاهر ان اجراء المالک لعقد المضاربه مع الغاصب مع عدم مطالبته به قرينه عرفيه على رضاه ببقاء ذلک المال فى يده و تصرفه فيه فينتفى الضمان.

(۱) فيكون فى فعله هذا كالوكيل، فيسقط الضمان عنه لأنه أداء لحقه حقيقه.

(۲) و ليس الوجه فيه هو الإجماع كى يناقش بأنه غير معلوم.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۹

قبل حصول الربح أو بعده (۱) نض المال أو كان به عروض، مطلقا كانت أو مع اشتراط الأجل و ان كان قبل انقضائه (۲) نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان

و إنما هو قصور أدله اللزوم عن شمول العقود الإذنيه التى لا يكون فيها أى التزام من أحدهما بشى ء كى يشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ان من التزم بشى ء فعليه ان ينهاه، و إنما هى مجرد إباحه و إذن فى التصرف من أحدهما و قبول من الآخر كالعاريه، و عليه فمتى ما رجع الآذن فى إذنه لكونه مسلطا على ماله يتصرف فيه كيف يشاء، ارتفع الموضوع و معه ينتفى الحكم لا محاله.

(۱) يريد بذلک جواز الفسخ بالنسبه إلى المعاملات المتأخره عن المعامله الواقعه التى ظهر فيها الربح و أما بالنسبه إليها فلا خلاف و لا إشكال فى اللزوم و ان الربح و بطبيعه الحال يكون مشتركا بينهما و ليس المالک ان يفسخ العقد ليأخذ تمام الربح و يدفع للعامل اجره المثل.

و الوجه فيه واضح فان العقد لما كان محكوما بالصحه و ممضى من الشارع، كان مقتضاه اشتراک المالک و العامل

فى الربح الحاصل على النسبه المتفق عليها و بمجرد ظهوره، و ليس للمالك ان يفسخ العقد لينزعه منه من غير رضاه.

نعم قد يثبت له ذلك من جهه أخرى كتخلف العامل عن شرط اشترط عليه الا إنه خارج عن محل كلامهم.

(۲) حيث ان التأجيل لا يعنى إلا تحديد الاذن بالأجل و تقييد جواز التصرف بالمال به حيث لا يكون العامل مأذونا فيه بعد ذلك،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۴۰

كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى لوجوب الوفاء بالشرط و لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور بل العقد أيضا، لأنه مناف لمقتضى العقد، و فيه منع، بل هو مناف لإطلاقه (۱). و دعوى: أن الشرط فى العقود الغير اللازمه

و ليس معناه اشتراط عدم الفسخ فى تلك الفتره- كما توهمه بعض- فان لكل منهما فسخ العقد متى شاء و من هنا يندفع ما قيل من انه إذا لم يصح اشتراط عدم الفسخ لم يصح اشتراط التأجيل أيضا.

(۱) و فيه ما لا يخفى و ذلك أما إذا كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجا بعد ظهور الربح فقد ظهر لك مما تقدم عدم منافاته للعقد أو إطلاقه بل كونه تأكيدا محضا لمقتضاه لكونه ثابتا قبل الاشتراط.

و اما إن كان الشرط هو عدم مالكيته للفسخ أو عدم الفسخ خارجا فى محل الكلام- اعنى قبل ظهور الربح- فهو خارج عن مقتضى العقد أصلا و إطلاقا إذ الجواز و اللزوم حكمان شرعيان خارجان عن العقد و ليسا من مقتضياته.

إذن: فلا مجال للحكم بفساد العقد من هذه الناحيه.

و أما من سائر النواحى فقد ذكرنا فى طى ابحاثنا الفقهيه غير مره ان الشرط فى العقد ليس

مجرد مقارنه التزام بالتزام أو أمر آخر و إنما هو نحو ارتباط بين الشرط و المشروط، و هو يكون على نحوين على سبيل القضيه مانعه الخلو إذ قد يجتمعان معا.

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق المنشأ و نفس العقد على التزام المشروط عليه بشى ء بحيث لو لم يلتزم به لما كان الأول منشإ لذلك العقد

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۴۱

....

كاشتراط الزوجه الاستقلال فى السكنى أو عدم إخراجها من بلد أهلها فيصح بقبول الآخر و لا يضر مثله لأنه من التعليق على أمر حاصل حال العقد، و يجب عليه الوفاء به لقوله «ص» (المؤمنون عند شروطهم).

الا أنه لا يترتب عليه غير إلزامه به إذ التعليق إنما كان على نفس التزامه و قد حصل و لم يكن على الفعل فى الخارج.

و قد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشإ و الوفاء به على شى ء فى الخارج، فيكون العقد فيه مطلقا و غير معلق، و إنما المعلق التزامه و وفائه به يرجع هذا فى الحقيقه إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب كاشتراط الكتابه أو العداله فى قبول بيع العبد و قد يجتمعان معا كما إذا اشترط أحد طرفى العقد على الآخر عملا معينا كخياطه ثوب أو كتابه شى ء فإنه يكون من تعليق نفس العقد على التزام الآخر بذلك العمل و تعليق التزامه بذلك العقد و الوفاء به على تحقق ذلك العمل فى الخارج.

إذا اتضح ذلك فما نحن فيه لا يمكن ان يكون من قبيل الثانى حيث ان المضاربه- على ما عرفت- من العقود الإذنيه حيث ليس فيها أى التزام من الطرفين المالك و العامل كى يكون الاشتراط فيها من تعليق الالتزام بشى ء فلا محاله يكون

الاشتراط من قبيل الأول بمعنى تعليق نفس إذن المالک فی التصرف بالمال أو قبول العامل على ذلک.

و حينئذ فتاره يفرض کون المعلق عليه هو اللزوم و عدم مالكيته للفسخ.

و اخرى يفرض کونه هو التزام الآخر بعدم الفسخ خارجا.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۴۲

غير لازم الوفاء. ممنوعه (۱) نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط و الا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه، و هذا إنما يتم فی غير الشرط الذی مفاده عدم الفسخ،

ففی الأول فبما ان المعلق عليه غير حاصل فی الخارج، باعتبار ان عقد المضاربه عقد جائز حيث ان كلا من المالک و العامل مالک للفسخ بحكم الشارع و لا ينقلب إلى اللازم بالاشتراط يكون هذا العقد تبعا للشرط محكوما بالبطلان، لأن المالک لم يقدم على التجاره بماله على الإطلاق و إنما أذن فيها على تقدير عدم ثبوت ملک الفسخ للآخر و حيث انه ثابت فالمالک لم يأذن فيها.

و فی الثانی فحيث ان الفسخ فعل سائغ وجودا و عدما، فليس فيه أی محذور إذ الالتزام بعدمه كالالتزام بسائر الأمور المباحه من الخياطه و الكتابه و غيرهما.

فحيث لم يكن يجب على المالک أو العامل الفسخ أو عدمه و کان کل منهما سائغا و جائزا فی حقه، لم يكن فی الالتزام به محذور بل يصح الشرط و العقد معا.

إذن: فالصحيح فی المقام هو التفصيل بين اشتراط عدم ملک الفسخ فيحكم فيه بفساد الشرط و العقد و بين اشتراط عدم الفسخ خارجا فيحكم بصحتهما.

(۱) لعموم قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» فإنه غير مختص بالشروط فی ضمن العقود اللازمه، بل يعم کل ما يصدق عليه الشرط سواء أ کان فی ضمن عقد لازم أم جائز بل

لو لم يكن الشرط ظاهرا فى نحو ارتباط شى ء بشى ء، لقلنا بوجوب الوفاء

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۴۳

....

بالشروط الابتدائيه لكن الأمر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائى ليس شرطا فى الحقيقه، و إنما هو وعد محض.

و دعوى: ان الشرط لا يزيد على المشروط فإذا لم يكن لازما فلا يكون الشرط لازما أيضا بالأولويه.

مدفوعه: بأنها صدى محض لا- واقع لها، إذ لا مانع من كون وجوب الوفاء بالشرط مشروطا بأمر جائز كما هو الحال فى أكثر الواجبات المشروطه كالسفر بالنسبه إلى القصر فى الصلاه أو قصد الإقامه بالنسبه إلى التمام فإنه و فى حين انه لا يجب السفر يجب القصر على تقديره فللمكلف ان يبقى السفر فيجب عليه القصر و له ان ينهاه و يرجع إلى أهله فينتفى موضوعه.

و من هنا فلا ملازمه بينهما و لا أولويه.

و عليه ففى المقام فللمكلف ان يلغى العقد فينتفى الشرط و له ان يبقيه فيجب عليه الوفاء به، فإبقاء العقد و ان لم يكن واجبا، الا انه على تقدير إبقائه يجب الوفاء بالشرط.

و ما قد يقال: من ان ما دل على جواز العقد دال على جوازه بتوابعه و منها الشرط.

مدفوع: بان: دليل الجواز فى عقد المضاربه إما هو الإجماع- كما ذهب إليه المشهور- و هو يختص بنفس العقد، و إما هو ما ذكرناه من عدم الدليل على اللزوم فيه، فهو مختص بالعقد أيضا و لا يعم الشرط لأنه واجب الوفاء لقوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» فلا يمكن ان يقال انه لا دليل على لزومه.

و بالجمله: فالصحيح ان الشروط مطلقا سواء أ كانت فى ضمن عقد لازم أم كانت فى ضمن عقد جائز، يجب الوفاء بها ما دام

مبانى

مثل المقام فإنه يوجب لزوم ذلک العقد (۱) هذا و لو شرط عدم فسخها فی ضمن عقد لازم آخر فلا إشکال فی صحه

العقد باقیا، فإذا ارتفع العقد انتفى الموضوع.

ثم ان لزوم الشرط هذا إنما هو لزوم تکلیفی محض و لا یترتب علیه أی أثر وضعی، باعتبار ان دلیله اعنی قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» لا یقتضی أزید من ذلک. و من هنا فإذا تخلف المشروط علیه نفذ فعله و ان فعل حراما.

(۱) قد عرفت ان العمل بالشرط و ان کان لازما الا انه لا یوجب لزوم العقد فان اللزوم محض تکلیف و لا یترتب علیه أی أثر وضعی ثم انه ذکر بعضهم: ان وجود العقد إذا کان شرطا فی لزوم العمل بالشروط امتنع أن یکون لزوم العمل بالشرط مقتضیا لوجود العقد و مانعا من فسخه.

و بعباره أخرى: ان وجوب العمل بالشرط لما کان منوطا ببقاء العقد کان لا بد من التفصیل فی اشتراط عدم فسخ المضاربه بین ما یکون فی نفس العقد و ما یکون فی عقد جائز آخر ففی الثانی یصح الشرط و یجب الوفاء به ما دام العقد الثانی باقیا، و أما إذا فسخ انتفى الشرط لانتفاء موضوعه. و أما فی الأول فینبغی الحکم بعدم صحه الشرط و ذلک لأنه لما کان فرع بقاء العقد لم یعقل ان یکون بقاء العقد معلولا له.

و فیه ما لا یخفى: إذ إن توقف وجوب العمل بالشرط على بقاء العقد لیس مستندا إلى دلیل خاص من إجماع أو نص أو غیرهما و إنما هو من جهه قصور الشرط بنفسه عن إثبات الأزید من ذلک، فان

الشرط

(١) و لزومه، و هذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد، إذ لو كان

المتفاهم العرفى من اشتراط شـى ء على الغير فى المعامله هو العمل بالشـرط ما دام العقد باقيا و لذا لو فسخ العقد بخيار المجلس أو غيره لم يجب على المشـروط عليه العمل بالشـرط بـدعوى انه يجب الوفاء به، و كـذا لو اشترطت المرأه على الرجل النفقه فى النكاح المنقطع فان المتفاهم العرفى فى جميع ذلك هو العمل بالشـرط ما دام العقد باقيا، بلا فرق فى ذلك بين عقد المضاربه و غيره.

هذا كله إذا كان الشرط عملا خارجيا و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ حيث انه لا معنى لأن يكون متوقفا على بقاء العقد إذ لا معنى للقول بان عدم الفسخ متوقف على بقاء العقد، وجب العمل على وفق ذلك الشرط و الوفاء به مباشره.

و ملخص الكلام: ان المستفاد من قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» هو وجوب العمل بكل شرط سائغ و ممكن بقول مطلق.

نعم قد يكون وجوب العمل ببعض الشروط مشروطا ببقاء الموضوع من جهه المتفاهم العرفى، الا ان ذلك لا يعنى توقف وجوب الوفاء على بقاء العقد دائما.

إذن: فما ذكر من التفصيل لا يمكن المساعده عليه و الصحيح هو القول بصحه الشرط على التقديرين.

(١) فى إطلاقه إشكال بل منع إذ يجرى فيه ما ذكرناه من التفصيل فى الشرط فان كان الشرط هو عدم الفسخ خارجا، تم ما أفاده (قده) نظرا لكون فعله سائغا فيجب بالشرط لقوله (ص) «المؤمنون

منافيا لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضا. و لو شرط فى عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه أخرى سابقه صح

(۱) و وجب الوفاء به، الا أن يفسخ هـذه المضاربه فيسـقط الوجوب، كما أنه لو اشترط فى مضاربه أخرى فى مال آخر، أو أخذ بضـاعه منه، أو قرض، أو خـدمه أو نحو ذلک، وجب الوفاء به ما دامت المضاربه باقيه، و ان فسـخها سـقط الوجوب، و لا بـد أن يحمـل مـا اشـتهر من أن الشـروط فى ضـمن العقود الجائزه غير لازمه الوفاء على هـذا المعنى و الا فلا وجه لعـدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر (قده).

عند شـروطهم»، لكن يبقى هذا الوجوب تكليفيا محضا و إذا لو عصـى و فسخ لكان فسخه نافذا، و ان ثبت بذلک للشارط الخيار فى العقد اللازم الآخر لتخلف الشرط.

و ان كان الشرط هو لزوم المضاربه و عدم مالكيته للفسخ، فهو باطل لكونه مخالفا للسنه، حيث ان عقد المضاربه جائز فلا ينقلب بالشـرط إلى اللزوم فان الحكم الشـرعى لا يتغير به، و حينئذ فهل يسـرى فساده إلى العقد أم لا؟ فيه خلاف و الصـحيح عندنا هو الثانى فيبقى العقد و يبطل الشرط.

(۱) على التفصـيل المتقدم حرفا بحرف بالقياس إلى صحه الشرط و فساده و أما العقد المشروط فيه فيختلف الحال فيه فى المقام عن الحال فى العقد اللازم، فان بطلان الشرط هناک لم يكن يوجب فساد

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۴۷

بـدعوى: أنهـا تـابعه للعقـد لزومـا و جوازا، بل مع جوازه هى أولى بالجواز و انها معه شـبه الوعـد. و المراد من قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اللازمه منها لظهور الأمر فيها فى الوجوب المطلق و المراد من قوله (ع):

«المؤمنون عند شروطهم» بيان صحه أصل الشرط لا اللزوم و الجواز، إذ لا يخفى ما فيه (۱).

[(مسأله ۳): إذا دفع اليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم]

(مسأله ۳): إذا دفع اليه مالا و قال: اشتر به بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم، فان كان المراد الاسترباح بهما بزياده القيمه صح مضاربه و ان كان المراد الانتفاع بنمائهما

العقد و هذا بخلاف المقام فان بطلانه يوجب بطلان العقد لا محاله لأن الأذن فى التصرف إنما كان معلقا على الشرط فإذا انتفى ينتفى هو أيضا و معه فلا يجوز للمشروط عليه التصرف فيه.

هذا فيما إذا كان الشرط لزوم العقد و عدم مالكيه المشروط عليه الفسخ و أما إذا كان الشرط هو عدم الفسخ خارجا و تخلف المشروط عليه عن شرطه و فسخ العقد، فإذا كان ذلك قبل ظهور الربح فى المعامله الثانيه- المشروطه- فلا أثر لتخلف الشرط فان العقد جائز فى نفسه و أما إذا كان بعد ظهور الربح فى المعامله الثانيه فللمشروط له أن يفسخ العقد من جهه تخلف الشرط فيكون تمام الربح للمالك و للعامل أجره المثل.

(۱) أما الأول فيرده ما ذكرناه فى مباحث المكاسب عند التعرض لما يقتضيه الأصل عند الشك فى لزوم عقد أو جوازه، من أن

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۴۸

بالاشتراك ففى صحته مضاربه وجهان: من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجاره فلا يصح، و من أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجاره. و الأقوى البطلان مع إراده عنوان المضاربه إذ هى ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زياده القيمه لا مثل هذه الفوائد (۱) نعم لا بأس بضمها إلى زياده القيمه (۲) و إن لم يكن المراد

الوفاء إنما هو بمعنى الإتمام و الإنهاء فالوفاء بالشى ء عباره عن إنهائه و عدم فسخه و حيث ان يقطع بعدم حرمه الفسخ تكليفا فلا بد من حمل الأمر بالوفاء على

الإرشـاد إلى اللزوم و عـدم نفوذ الفسـخ و الرجوع إذن: فالآـيه الكريمه دليـل للزوم كل عقـد نشک فی لزومه و جوازه و لم يقم دليل على جوازه، لا ان موضوعها العقد اللازم.

و أما الثانی فلما عرفت من انه انما يتضـمن حكما تكليفيا صـرفا نظير قولهم (ع) «المؤمن عند عدته» لا الصـحه و إنما هی تستفاد بالملاـزمه من الحكم التكليفی، و ليس هـذا موضوعـا للجواز أو اللزوم بل مقتضاه وجوب الوفاء بكل شـرط سائغ فی ضـمن أی عقد من العقود كان- الجائزه أو اللازمه- و لا مانع من الالتزام بذلک.

(۱) و بعبـاره أخرى: إن هـذا العقـد غير مشـمول لأدله المضاربه حيث أن المسـتفاد من أدلتها اعتبار كون الاسترباح و ما ينتفع به كل من المالک و العامل كل حسب حصته، حاصلا بالتجاره بحيث يعد ربح التجاره، و هو غير صادق على النماء فإنه ليس بربح التجاره.

(۲) بلا خلاف فيه بينهم، فإن الأذن فی التجاره بيع و شراء

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۴۹

خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات (۱)

[(مسأله ۴): إذا اشترط المالک على العامل أن يكون الخساره عليهما كالربح]

(مسأله ۴): إذا اشترط المالک على العامل أن يكون الخساره عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال،

مـا له نماء إذن فی بيع النماء أيضا، فيشتركان فی ربحه، و لا ينافيه عنوان المضاربه لأنه اشتراک فی الربـح الحاصل من التجاره و ان كان مال التجاره يزيد أيضا.

(۱) كأوفوا بالعقود و التجاره عن تراض، بدعوى انها و بمقتضى عمومها تقتضی الحكم بصحه كل معامله تنشأ بين طرفين سواء أ كانت من المعاملات المتعارفه المعهوده أم لم تكن.

غير انک قد عرفت غير مره ان هذه العمومات لا تصلح لأن تشمل مثل هذه المعاملات فان التمليک لا بد و

ان يتعلق إما بشى ء خارجى مملوک له بالفعل و إما بشى ء فى ذمته، باعتبار انه مسلط عليهما و هما تحت سلطانه فإذا أنشأ المالک تمليک شى ء من هذين شملته العمومات لا محاله.

و أما إذا تعلق إنشاء التمليک بأمر معدوم ليس بمملوک له فعلا فلا يصح بأى مملک كان، و لذا لم يلتزموا بصحته فيما إذا كان ذلک فى ضمن عقد آخر، و اشتراط ان يكون ملكا له فى ظرفه غير صحيح أيضا إذا الملكيه لا تكون بغير سبب مملک.

إذن: فهذا النحو من المعامله الذى يتضمن تمليک أمر معدوم غير صحيح و إنما قلنا بصحته فى المزارعه و المضاربه و المساقاه و الوصيه لأجل الدليل الخاص، و الا فمقتضى القاعده فيه هو البطلان.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۵۰

ففى صحته وجهان: أقواهما الأول (۱)، لأنه ليس شرطا منافيا لمقتضى العقد- كما قد يتخيل- بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخساره على المالک و عدم ضمان العامل الا مع التعدى أو التفريط.

---

(۱) بل الأقوى هو التفصيل بين ما إذا كان الشرط هو الضمان و كون الخساره فى عهده العامل فيبطل و بين ما إذا كان هو التدارک الخارجى فيصح.

أما الأول: فليس ما ذكرناه من جهه كونه منافيا لمقتضى العقد إذ الضمان و عدمه كالجواز و اللزوم خارجان عن مقتضى العقد أصلا و إطلاقا، فإن مقتضاه ليس الا عمل العامل بالمال و تصرفه فيه على أن يكون الربح بينهما- على ما اتفقا عليه- و إنما ذلک من جهه ملاحظه ان العامل أمين، و مقتضى ما دل على ان الأمين لا يضمن و لا سيما بعض النصوص الوارده فى خصوص المضاربه هو عدم الضمان.

و عليه: فيكون اشتراط

الضمان من الشرط المخالف للسنه حيث ان مقتضاه عدم ضمان الأمين سواء اشترط ذلك عليه أم لم يشترط فيبطل لا محاله.

و أما الثانی: فحیث أن تدارک العامل للخساره و التلف من ماله الخاص لا علی نحو الضمان أمر سائغ و فعل جائز قبل الاشتراط، فلا مانع من اشتراطه علیه، و عنده فیجب الوفاء به.

و من الغریب فی هذا المقام ما صدر من بعضهم من القول بانقلاب عقد المضاربه عند اشتراط الضمان علی العامل قرضا، فیکون جمیع

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۵۱

....

الربح للعامل و لا یکون للمالک إلا رأس ماله و ذلک للنص المعمول به لدی الأصحاب.

و کأنه صحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع) (فی حدیث) ان علیا (ع) قال: (من ضمن تاجرا فلیس له الا رأس ماله و لیس له من الربح شی ء) «۱» لکنها و إن کانت صحیحه بحسب السند الا انها أجنبیه بحسب الدلاله عن محل الکلام، فإنها وارده فی التضمین من أول الأمر لا اشتراط الضمان عند التلف الذی هو محل کلامنا.

فانا ذکرنا فی مبحث الفرق بین البیع و الدین من مباحث المکاسب أن البیع عباره عن مبادله المال بالمال بحیث ان کلا من المتبایعین یعطی شیئا بإزاء أخذ شی ء من صاحبه، فی حین ان القرض لا یتضمن أی مبادله بین المالین، و انما هو تملیک للمال مع الضمان بمعنی إثباته فی عهده الآخر و نقله إلی ذمته- کما هو الحال فی الغاصب مع التلف.

فلیس القرض تبدیل مال بمال غیره و إنما هو جعل المال المعین بعینه فی ذمه الآخر، و هذا ما یعبر عنه بالضمان المطلق.

إذن: فهذه الصحیحه لما کانت ناظره إلی الضمان المطلق اعنی دفع ماله

إلى غيره ليكون فى عهدته من أول الأمر، كانت الروايه أجنبيه عن محل الكلام، فإنها وارده فى القرض ابتداء لا فى انقلاب المضاربه إلى القرض بالاشتراط.

فالصحيحه- بناء على ما ذكرناه و اختاره صاحبا الوافى و الحدائق- غير وارده فى المضاربه، و انما هى وارده فى التضمين الفعلى و أين ذلك من اشتراط الضمان عند التلف؟.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۴ من أبواب أحكام المضاربه ح ۱.

[(مسأله ۵): إذا اشترط المالک على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلانى]

(مسأله ۵): إذا اشترط المالک على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلانى أو إلا الى البلد الفلانى، أو لا يشترى الجنس الفلانى، أو إلا الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد مثلا، أو الا من زيد، أو لا يشترى من شخص، أو إلا من شخص معين، أو نحو ذلک من الشروط، فلا يجوز له المخالفه (۱) و الا ضمن المال لو تلف بعضا أو كلا، و ضمن الخساره مع فرضها. و مقتضى القاعده (۲) و ان كان كون تمام الربح للمالک على فرض إراده القيديه (۳) إذا أجاز المعامله، و ثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام فى الالتزام، و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ الا أن الأقوى

فما ذكره هذا القائل من كون الصحيحه معمولا بها. غير تام بالقياس إلى المعنى الذى ذكره.

(۱) عملا بشرط المالک و اقتصارا على مورد إذنه.

(۲) باعتبار ان العامل حينئذ فضولى فإن أجاز المالک ما صدر من المعامله منه صح العقد و كان تمام الربح له و الا حكم ببطلان المعامله الصادره منه.

(۳) يمتاز القيد من الشرط فى العقود الالتزاميه التمليكيه كالبيع بان الشرط فيها قد يكون أمرا خارجيا

أجنبيا عن المبيع و الثمن كالخياطه ففى مثله لا يمكن ان يكون قيـدا لمتعلق العقد إذ المبيع وجود و الشـرط وجود آخر و النسـبه بين الوجودين هى التباين فلا معنى لأن

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٥٣

....

يكون أحدهما مقيدا للوجود الآخر فيقال: ان الحنطه مقيده بخياطه الثوب.

نعم من الممكن جعله قيـدا للمنشإ بمعنى تعليق نفس البيع- لا المبيع- على الخياطه، الا انه باطل جزما، لأنه من التعليق فى العقود و هو موجب لبطلانه.

و من هنـا فينحصـر أمره فى ان يكـون شـرطا فى العقـد بمعنى تعليـق الالـتزام بالعقـد على الخيـاطه فيكون من الالـتزام فى ضـمن الالتزام.

و قـد يكون وصـفا لمتعلق العقـد، و هو تاره يكون من الأوصاف الـذاتيه المقومه للـذات فهو قيد لا محاله كأن يقول «بعتك هذا الموجود الخـارجى على ان يكون ذهبـا» و عليه فلو تخلف الوصف لكـان البيع محكومـا بالبطلان لا- محـاله، و ذلـك لأـن ماليه الأشياء إنما هى بفصولها و ما يمتاز به كل صنف عن الآخر من الصفات، و حيث ان الجامع بين الصنفين فاقد لها فلا ماليه له.

و العبره فى اختلاف الصـنف و النوع إنما هى بالنظر العرفى لا الدقه العقليه الفلسـفيه فإنه إذا باع المملوك على انه أمه فبان عبدا حكم ببطلان البيع إذ العرف يراهما نوعين و ان كانا بنظر العقل واحدا باعتبار أن الذكوريه و الأنوثيه من العوارض للإنسان.

و أخرى لا يكون مقوما للذات كما لو باع العبد على أنه كاتب، و مثله لا يصـلح ان يكون قيدا، فان الموجود الخارجى لا إطلاق له لكى يكون مقيدا بالكتابه فى بعض الأحيان و إنما هو موجود واحد إما هو كاتب بالفعل أو ليس بكاتب كذلك.

و حيث لا

يجوز ان يكون من تعليق نفس البيع عليه لأنه من التعليق المبطل جزما، ينحصر أمره فى كونه شرطا اعنى تعليق الالتزام

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۵۴

....

بالعقد على كونه كاتبا فيكون له الخيار على تقدير عدمه.

هذا كله بالنسبه إلى المائز بين القيود و الشروط فى الأعيان الخارجيه و قد انضح انه يختلف باختلاف الشرط.

و من هنا يتضح ان العبره فى الفرق بينهما إنما هو بواقع الشرط لا التعبير فلا فرق بين ان يقول: (بعتك هذا العبد الكاتب) أو (بعتك هذا على ان يكون كاتبا) فان الحال فيهما واحد.

و أما إذا كان متعلق العقد كليا فى الذمه، فحيث ان وجود الكلى ينحصر فى وجود أفراده إذ لا وجود له الا فى ضمنها، كان الاشتراط- مقوما كان الشرط أو غيره- موجبا لتعدد الوجود و امتياز المقيد عن غيره، و من هنا يكون الشرط قيدا فى متعلق المعامله لا محاله بحيث يكون متعلقها خصوص الحصه المقيده دون غيرها لاقتضاء أخذ الوصف تخصص الكلى لا محاله.

و عليه فلو سلمه غيرها لم تبرأ ذمته و وجب عليه أداء الحصه التى اتفقا عليها.

و بهذا يفترق الكلى عن العين الخارجيه.

و كذا الحال إذا كان متعلق العقد عملا من الأعمال، فإنه عرض من الأعراض و هو يختلف و يتعدد فى الوجود بماله من صفات:

فهو موجود بوجودين واجد الصفه و فاقدها.

و من هنا فأخذ صفه فى ضمن العقد يعنى كون متعلق المعامله خصوص تلك الحصه فلو أتى الأجير بغيرها لم تفرغ ذمته.

و ليس هذا من موارد الخيار و إنما هو من موارد عدم تحقق متعلق العقد فى الخارج.

و الحاصل: ان باب الكلى فى الذمه و الأعمال من جهه يغاير باب

مبانى العروه الوثقى،

....

الأعيان الخارجيه التى تكون متعلقه للعقد من جهه أخرى.

هـذا كله فى العقود الالتزاميه التمليكيه، و أما فى عقد المضاربه الذى ينحل فى الحقيقه إلى أمرين إذن المالك للعامل فى العمل و التزامه بان يكون الربح بينهما، فهو من العقود الإذنيه بلحاظ الجهه الأولى و من العقود الالتزاميه بلحاظ الجهه الثانيه.

فـإذا اشترط المالـك على العامل ما يرجع إلى خصوصـيه فى المبيع أو الشـراء كان ذلك من تقييـد الأذن لا محاله فيكون راجعا إلى الجهه الأـولى فى المضـاربه، و مقتضـى ذلـك ان مخـالفه الشـرط توجب انتفـاء الأذن فى التصـرف فيه و عليه فيحكم بعـدم استحقاق العامل شيئا.

و أما ما وقع من العمل خارجا فهو معامله فضوليه ان أجازه المالك كان الربح أو الخسران له و الا فهو محكوم بالفساد من أصله.

و أما إذا كان الشـرط أمرا خارجيا كالخياطه و الكتابه و نحوهما فيمكن ان يكون راجعا إلى الجهه الأولى فيكون من تعليق الأذن فى التجاره و التصرف بالمال على ذلك الفعل المعين كما هو الحال فى الإباحات.

و لا يقدح فيه التعليق لأن الممنوع إنما هو التعليق فى العقود التمليكيه و المضاربه من العقود الإذنيه.

و يمكن أن يكون راجعا إلى الجهه الثانيه أعنى التزامه بكون الربح بينهما على النسبه المعينه، و هذا هو الأظهر فى الشـروط التى لها ماليه.

و عليه فعنـد تخلف العامـل عن الشـرط فللمالك ان يرفع يـده عن التزامه هـذا و إن كان إذنه فى أصل التجاره باقيا، فيأخـذ تمام الربح و يكون للعامل أجره مثل عمله.

هذا تمام الكلام بالنسبه إلى ما تقتضيه القاعده، و منه يظهر الحال فى بعض ما أفاده الماتن (قده) فى هذا المقام.

اشتراكهما

فى الربح على ما قرر، لجمله من الاخبار الداله على ذلک (۱) و لا داعى إلى حملها على بعض

---

(۱) کصحیحه جمیل عن أبى عبد اللّه (ع) (فى الرجل دفع إلى رجل مالا یشترى به ضربا من المتاع مضاربه فذهب فاشترى به غیر الذى أمره، قال: هو ضامن و الربح بینهما على ما شرط) «۱» و صحیحه الحلبى عنه (ع) أیضا: (فى الرجل یعطى الرجل مالا مضاربه فیخالف ما شرط علیه، قال هو ضامن و الربح بینهما) «۲» و غیرهما من النصوص.

ثم ان أغلب هذه الروایات و إن کانت وارده فى مخالفه العامل للمالک فى الخروج من البلد و المکان الذى حدده له فى التجاره، و صحیحه جمیل وارده فى مخالفته للمالک فى جنس ما عینه له، الا انه یمکن إثبات الحکم بشکل عام و التعدى عن المورد بدعوى الأولویه القطعیه حیث انه إذا ثبت اشتراک العامل و المالک فى الربح على النسبه المعینه مع مخالفه العامل للمالک فى جنس المتاع و المخالفه ذاتیه، کان ثبوته فى مورد مخالفته للشرائط الأخر العائده إلى الاختلاف فى الأوصاف أو الأزمان، بطریق أولى.

و أن أبیت عن قبول ذلک، یکفینا فى إثبات الحکم فى سائر الموارد إطلاق صحیحه الحلبى المتقدمه حیث أن مقتضى إطلاق قوله (فیخالف ما شرط علیه) عدم الفرق بین کون المخالفه من حیث الجنس أو الزمان أو الوصف.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱ من أبواب أحکام المضاربه ح ۹.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱ من أبواب أحکام المضاربه ح ۵.

المحامل (۱) و لا الى الاقتصار على مواردها، لاستفاده

---

(۱) حمل بعضهم المخالفه فى هذه النصوص على المخالفه الصوریه بدعوى ان قصد المالک

حين إعطائه لرأس المال للعامل إنما هو الاسترباح، غايه الأمر انه كان يتخيل انه إنما يكون بشراء الأطعمه- مثلا- لكن العامل لما يعلم انفعيه شراء الحيوان- مثلا- فيشتريه، فلا يمكن ان يقال انه كان من غير إذن المالك لأنه لما كان قصده الاسترباح كان راضيا بكل معامله فيها ربح.

و من هنا تكون المعامله صحيحه و الربح بينهما بالنسبه لا محاله باعتبار ان المخالفه صوريه لا حقيقيه و عليه فالمتحصل ان هذه النصوص لا تتضمن حكما تعبديا مخالفه للقاعده، و إنما تتضمن حكما تقتضيه القواعد بنفسها.

و فيه: انه لو تم فهو إنما يتم فى صوره وجود الربح فى المعامله التى أتى بها العامل و أما مع الخساره فمقتضى القاعده كون المعامله فضوليه ان أجازها المالك كانت الخساره عليه و الا استحق نفس ماله و عينه، لا الحكم بصحتها مطلقا مع تحمل العامل للخساره فإنه لا ينطبق على أى قاعده من القواعد.

على انه إنما يختص بما إذا كان ربح المعامله التى قام بها العامل أزيد أو لا أقل مساويا لربح المعامله التى أمر بها المالك، و أما مع قلته بالنسبه إليه فكيف يمكن أن يقال: ان المالك راض بها و ان المخالفه صوريه؟ و الحال ان هذه النصوص مطلقه و غير مقيده بفرض تساوى الربحين أو زياده ربح الثانيه عما أمر به المالك.

هذا كله مضافا إلى ان العبره فى صحه التصرف فى مال الغير انما

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۵۸

العموم من بعضها الآخر (۱).

هى بكون العقد الصادر منسوبا إلى المالك و هو لا يكون إلا بإذنه السابق أو إجازته اللاحقه، و لا يكفى مجرد الرضا الباطنى التقديرى فإن كل انسان يرضى باطنا بالربح لكن أ

فهل يصحح ذلک أخذ ماله و التصرف من غير إذنه؟.

إذن: فهذه المخالفه حقيقيه واقعيه و ليست بصوريه، و مقتضى القاعده الحكم ببطلان ما صدر من العامل، غير ان النصوص تضمنت صحته تعبدا و كون الربح بينهما و الخساره على العامل.

(۱) على ما تقدم بيانه.

نعم الظاهر انها إنما تختص بمخالفه العامل للشرط الراجع إلى الجهه الأولى فى المضاربه اعنى الأذن فى التصرف فى المال، و لا تشمل مخالفته لما يرجع إلى الجهه الثانيه و كون الربح بالنسبه المعينه بينهما.

و ذلک لانصراف هذه النصوص عن مثل هذه المخالفات، إذ الظاهر انها ناظره إلى عمل العامل عملا لم يأذن فيه المالک و صدور العمل على خلاف الشرط، لا ما إذا كان العمل مأذونا فيه غايه الأمر انه لم يف بشرط خارجى اشترط عليه بلحاظ جعل الربح له، على ما يشهد له ملاحظه سائر النصوص الوارده فى مخالفه العمل، فإنها تقيد ما ظاهره الإطلاق لا محاله.

بل الظاهر انه لا حاجه إلى ذلک أيضا إذ الظاهر من صحيحه الحلبى المتقدمه ترتب الأثر على العمل بخلاف ما شرط عليه، و لو بملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع حيث ان مجرد عدم العمل بالشرط لا يقتضى

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۵۹

[(مسأله ۶): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]

(مسأله ۶): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره (۱) الا مع إذن المالک عموما كأن يقول:

اعمل به على حسب ما تراه مصلحه إن كان هناک مصلحه أو خصوصا. فلو خلط بدون الأذن ضمن التلف الا أن المضاربه باقيه و الربح بين المالين على النسبه (۲).

[(مسأله ۷): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه]

(مسأله ۷): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع و المشترى و نوع الجنس

الضمان و إنما يقتضيه العمل و التصرف على خلاف ما أذن فيه المالک و شرط على العامل، و هذا غير متحقق فى الشرط الخارجى لأن الأثر غير مترتب على العمل بخلاف ما شرط و انما هو مترتب على عدم العمل بالشرط.

فالأثر هناک مترتب على الفعل و هنا على الترک و البون بينهما بعيد و لما لم يكن الثانى موردا للروايات فلا بد فيه من الرجوع إلى القواعد و هى تقتضى الحكم بصحه المضاربه مع ثبوت الخيار للمالک فإن أجاز كان الربح بينهما و ان فسخ أخذ تمام

الربح و دفع للعامل أجره مثل عمله.

(۱) لكونه على خلاف ما إذن فيه المالک، حيث ان ظاهر كلامه عند تجرده عن القرينه هو الاتجار بالمال بشخصه لا مع خلطه بغيره.

(۲) كل ذلک النصوص المتقدمه حيث انها غير قاصره الشمول لمثل المقام.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۶۰

المشترى، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالک (۱) إلا إذا كان هناک متعارف ينصرف إليه الإطلاق، و ان خالف فسافر فعلى ما مر فى المسأله المتقدمه (۲).

[(مسأله ۸): مع إطلاق العقد و عدم الإذن فى البيع نسيئه لا يجوز له ذلک]

(مسأله ۸): مع إطلاق العقد و عدم الإذن فى البيع نسيئه لا يجوز له ذلک (۳) الا أن يكون متعارفا ينصرف إليه الإطلاق، و لو خالف فى غير مورد الانصراف، فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالک فهو (۴) و ان اطلع المالک

---

(۱) يظهر الوجه فيه مما تقدم فى المسأله السابقه فإنه على خلاف ظاهر كلامه حيث انه منصرف إلى الاتجار فى البلد فيما إذا لم يكن الاتجار فى خارج البلد أمرا متعارفا-

كما كان الحال فى الأزمنه السابقه.

(۲) من كون الربح بينهما و الخسران على العامل، للنصوص المطلقه الشامله للمقام بل و جمله من النصوص الوارده فى خصوصه.

(۳) لأنه على خلاف ظاهر إذنه.

(۴) حيث يحكم بصحه المضاربه و العقد الذى صدر من العامل بلا خلاف فيه و لا اشكال.

و عليه فان كان هناك ربح فهو بينهما على النسبه التى اتفقا عليها و ان كانت وضيعه فهى على العامل، على ما تضمنته النصوص حيث ان المقام من مصاديق مخالفه العامل للمالك فيما شرط عليه، إذ أنه قد اتجر تجاره لم يأذن المالك فيها، فيكون مشمولا لها لا محاله.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۶۱

قبل الاستيفاء، فإن أمضى فهو (۱) و الا فالبيع باطل (۲) و له الرجوع على كل من العامل و المشترى مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه (۳) فان رجع على المشترى بالمثل أو القيمه لا يرجع هو على العامل (۴) إلا ان يكون مغرورا من قبله و كانت القيمه أزيد من الثمن،

---

(۱) حيث يحكم بصحه المعامله لانتسابها بالإجازه اليه.

(۲) لأنها معامله غير مأذون فيها و لا تشملها النصوص السابقه لظهورها فى كون المال عند العامل بالفعل بحيث لو طالب المالك برأس ماله لأخذه مع الربح أو مع تدارك العامل للخسران، و هذا غير متحقق فى المقام حيث ان المال عند المشترى و لا يلزمه الوفاء قبل الأجل.

و عليه: فيحكم ببطلانها عند عدم إجازه المالك لها.

(۳) و بعباره أخرى: انه ان كانت العين موجوده كان للمالك مطالبتها من كل من وضع يده عليها، و ان كانت تالفه كان له تغريم أى منهم شاء بالمثل أو القيمه، على ما هو الميزان فى باب

الضمانات.

و قد ذكرنا فى مبحث تعاقب الأيادى من مباحث المكاسب انه لا مانع من اعتبار المال الواحد فى ذمم اشخاص متعددين بمعنى ان يكون لمالكه مطالبه أيهم شاء، و ان استقر الضمان على من تلف المال بيده.

(۴) لأن المال قد تلف بيده أو يد من اعطى المال له، و من هنا فلو رجع على العامل رجع هو عليه لأن المفروض انه قد أخذ منه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۶۲

فإنه حينئذ يرجع بتلك الزياده عليه (۱) و ان رجع على العامل يرجع هو على المشترى بما غرم (۲) الا ان يكون مغرورا منه و كان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

[(مسأله ۹): فى صوره إطلاق العقد لا يجوز له أن يشترى بأزيد من قيمه المثل]

(مسأله ۹): فى صوره إطلاق العقد لا يجوز له أن يشترى بأزيد من قيمه المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمه المثل (۳) و الا بطل. نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به (۴).

[(مسأله ۱۰): لا يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع]

(مسأله ۱۰): لا يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع

---

(۱) كما هو الحال فى غير المضاربه من العقود أو التمليكات المجانيه نظرا لكون السبب أقوى من المباشر.

(۲) فان ماله لا يذهب هدرا، بل و بالمعاوضه القهريه ببناء العقلاء يملك المال التالف بمجرد دفع عوضه، و حينئذ فله مطالبه كل من ترتبت يده لا حقا عليه ببدله و هكذا يرجع كل من السابق على اللاحق.

(۳) و الوجه فى ذلك كله هو ان عقد المضاربه مبنى على كون التجاره بالبيع و الشراء بالقيمه المتعارفه و فى معرض تحصيل الربح، فلا يشمل صوره علم العامل بالخساره بأن يشترى بأزيد من ثمن المثل أو يبيع بالأقل منه.

(۴) فإن العبره انما هى بالمصلحه، كما لو خاف تلف المال أو سرقته عند بقائه فباعه بأقل من ثمنه، فإنه يحكم بصحته بلا اشكال.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۶۳

بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر (۱) و قيل بعدم جواز البيع الا بالنقد المتعارف، و لا وجه له إلا إذا كان جنسا لا رغبه للناس فيه غالبا (۲).

[(مسأله ١١): لا يجوز شراء المعيب]

(مسأله ١١): لا يجوز شراء المعيب، إلا إذا اقتضت المصلحه (٣) و لو اتفق فله الرد أو الأرش، على ما تقتضيه المصلحه.

[(مسأله ١٢): المشهور – على ما قيل – أن فی صوره الإطلاق يجب أن يشترى بعين المال]

اشاره

(مسأله ١٢): المشهور- على ما قيل- أن فی صوره الإطلاق يجب أن يشترى بعين المال فلا يجوز الشراء فی الذمه و بعباره أخرى: يجب أن يكون الثمن شخصيا من مال المالک لا كليا فی الذمه، و الظاهر انه يلحق به الكلی فی المعين أيضا، و علل ذلک: بأنه القدر المتيقن و أيضا للشراء فی الذمه قد يؤدی إلی وجوب دفع غيره- كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء- و لعل المالک غير راض بذلک. و أيضا إذا اشترى بكلی فی الذمه لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربه و لا يخفى ما فی هذه

---

(١) لعدم الدليل على اعتبار النقد فضلا عن النقد المتعارف، و اقتضاء الإطلاق جواز كل عقد يكون فی معرض الربح و فی مصلحه المالک.

(٢) فلا يجوز لكونه على خلاف مبنى عقد المضاربه.

(٣) ظهر وجهه مما تقدم فإن العبره فی الصحه انما هی بوجود

العلل (١). و الأقوى- كما هو المتعارف- جواز الشراء فی الذمه و الدفع من رأس المال، ثم انهم لم يتعرضوا لبيعه و مقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضا شخصيا لا كليا ثم الدفع من الأجناس التی عنده و الأقوى فيه أيضا جواز كونه كليا و إن لم يكن فی التعارف مثل الشراء.

[ثم أن الشراء فی الذمه يتصور على وجوه]

اشاره

ثم أن الشراء فی الذمه يتصور على وجوه:

[أحدها: أن يشترى العامل بقصد المالک فی ذمته من حيث المضاربه]

أحدها: أن يشترى العامل بقصد المالك فى ذمته من حيث المضاربه (٢).

[الثانى: أن يقصد كون الثمن فى ذمته]

الثانى: أن يقصد كون الثمن فى ذمته من حيث انه عامل و وكيل عن المالك و يرجع الى الأول، و حكمهما الصحه و كون الربح مشتركا بينهما على ما ذكرناه (٣) و إذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء كان فى ذمه

المصلحه و كون التجاره فى معرض الربح.

(١) فإنها مخالفه لإطلاقات أدله المضاربه المقتضيه للصحه و لا موجب لرفع اليد عنها.

(٢) بمعنى قصده لأداء الثمن من مال المضاربه.

(٣) لما تقدم من عدم اعتبار كون الشراء أو البيع شخصيا و جواز كونهما فى الذمه.

المالك يؤدى من ماله الآخر (١).

[الثالث: أن يقصد ذمه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه]

الثالث: أن يقصد ذمه نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه، ثم دفع منه و على هذا الشراء صحيح (٢) و يكون غاصبا فى دفع

---

(١) اعتبره فى المسالك من المسلمات، و استدل عليه فى الجواهر بأنه مقتضى إطلاق إذن المالك.

و فيه: أما التسالم فلم يثبت و على تقديره فلا يمكن المساعده عليه إذ كيف يمكن إلزام المالك بالدفع من ماله الخاص و الحال انه لم يأذن فيه، فان إلزامه بذلك تعسف محض و بلا موجب، فان المالك انما أذن بالشراء من ماله إما شخصيا أو كليا على أن يدفع بدله من المال المعين للمضاربه و لم يأذن فى غيره.

و أما دعوى الإطلاق فهو واضح الاندفاع حيث ان المالك انما أذن فى التصرف بالمال المعين و لم يجز فى الزائد منه، كى يكون مضمونا فى ماله الخاص.

و عليه فالصحيح هو الحكم ببطلان هذه المعامله فإن الثمن و ان كان كليا فى الذمه لكنه لما كان مقيدا بالدفع من المال الخارجى المعين، و تعذر ذلك

كان من مصاديق تلف الثمن قبل قبضه، فيحكم بانفساخ العقد و رجوع مقابله الى مالكه الأصلى، و لا موجب للحكم بالصحه مع تحمل العامل أو المالك للضرر بدفع عوضه من ماله الخاص.

(٢) بلا اشكال فيه، فان البيع أو الشراء أمر و الأداء الخارجى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ۶۶

مال المضاربه من غير إذن المالک، إلا إذا كان مأذونا فى الاستقراض و قصد القرض.

[الرابع: كذلک لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء]

الرابع: كذلک لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيله منه و عليه يمكن الحكم بصحه الشراء (١) و إن كان عاصيا فى التصرف فى مال المضاربه من غير إذن المالک و ضامنا له بل ضامنا للبائع أيضا، حيث أن الوفاء بمال الغير غير صحيح، و يحتمل القول ببطلان الشراء (٢) لأن رضى البائع

أمر آخر، فيصح الشراء لكونه فى الذمه، و يبطل الأداء لكونه تصرفا فى مال الغير بغير إذنه، و من هنا فلا تبرأ ذمته من الثمن بالنسبه إلى البائع فى حين انه ضامن للعين بالنسبه إلى المالک لتصرفه فيها من غير إذنه.

و بالجمله: حال الدفع من مال المضاربه فى هذه الصوره حال الأداء من غير مال المضاربه من أموال الغير كمال الوديعه أو الغصب فان الحال فيهما واحد.

(١) لأنه قد اشتراه لنفسه، و نيته لأداء ثمنه من مال القراض أمر خارج عن حقيقه البيع فإنه عباره عن مبادله مال بمال، فلا تكون موجبه لفساده.

(٢) و فيه: أن التقيد لم يثبت بدليل، فان معنى البيع- على ما عرفت- إنما هو المبادله بين المالين و المنشأ إنما هو ملكيه كل منهما لمال الآخر، و أما الزائد عنه فلم يثبت بدليل. و دفع

الثمن

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۶۷

مقید بدفع الثمن و المفروض أن الدفع بمال الغیر غیر صحیح، فهو بمنزله السرقه (۱)، کما ورد فی بعض الأخبار أن من استقرض و لم یکن قاصدا للأداء فهو سارق (۲) و یحتمل صحه الشراء و کون قصده لنفسه لغوا، بعد أن کان بنائه الدفع من مال المضاربه، فإن البیع و ان کان بقصد نفسه و کلیا فی ذمته، الا أنه ینصب علی هذا الذی یدفعه فکان البیع وقع علیه (۳) و الأوفق علی بالقواعد الوجه

شرط ضمنی یوجب تخلفه الخیار لا- غیر و لیس هو مقوما للبیع و الا لوجب القول بالبطلان فی الصوره السابقه أیضا، إذ لا فرق بینهما من هذه الجهه حیث ان القید متخلف فیهما، فلا مبرر للفرق.

(۱) لأنه ناو لعدم دفع الثمن.

(۲) النص ضعیف و لا أقل من کونه مرسلا، و لعله محمول علی عدم قصده للدین من أول الأمر حیث یکون اختلاسا و سرقه.

ثم ان نصوص المقام غیر منحصر فیما أشار إلیه الماتن (قده) الا أن جمیعها لا یخلو من ضعف فی السند أو قصور فی الدلاله.

(۳) و فیه: ان مجرد قصده للأداء من مال الآخر کیف یجعله منصبا علیه، و یجعل البیع له مع عدم قصد العامل للشراء له بالمره فإن العقد لا- ینقلب عما وقع علیه و الأداء وفاء للمعامله و خارج عنها و لذا لو قصد المشتری الأداء من مال غیر مال المضاربه غصبا کان أم ودیعه أم غیرهما لم یحکم بکون العقد لصاحب المال.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۶۸

الأول، و بالاحتیاط الثانی (۱) و أضعف الوجوه الثالث و إن لم یستبعده الآقا البهبهانی.

[الخامس: أن یقصد الشراء فی ذمته من غیر التفات إلی نفسه و غیره]

الخامس: أن یقصد الشراء فی

ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره. و عليه أيضا يكون المبيع له (٢) و إذا دفعه من مال المضاربه يكون عاصيا و لو اختلف البائع و العامل فى أن الشراء كان لنفسه أو لغيره و هو المالك المضارب، يقدم قول البائع لظاهر الحال (٣) فيلزم بالثمن من ماله و ليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

[(مسأله ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه اليه]

(مسأله ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه اليه و الى تلك التجاره فى مثل ذلك المكان

و من هنا يظهر الحال فيما افاده شيخنا الأستاذ (قده) فى تعليقته من أنه ليس ببعيد، فإنه بعيد جدا بل لم نعرف له وجها.

(١) و وجهه غير واضح فان كلا من الأمرين على حد سواء و ليس أحدهما أحوط من الآخر إذ الأمر دائر بين ملكيه المبيع للمشترى أو البائع أو مالك المال، و مع احتمال كل منها لا وجه للقول بأن الثانى موافق للاحتياط.

(٢) فان كونه للغير يحتاج إلى مؤنه زائده، فما لم يقصده المنشئ يحكم بكون العقد لنفسه كما هو الحال فى سائر الوكلاء.

(٣) فان ظاهر الإنشاء انتسابه إلى نفسه و كونه هو المسؤول عن بدله، بحيث يكون هو طرف العقد و المطالب به كما يقتضيه بناء العقلاء و السيره الجاريه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٦٩

و الزمان من العمل و تولى ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش و النشر و الطى و قبض الثمن و إيداعه فى الصندوق و نحو ذلك مما هو اللائق و المتعارف، و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلال و الحمال و الوزان و الكيال و غير ذلك و يعطى الأجره من الوسط، و لو استأجر

فیما یتعارف مباشرته بنفسه فالأجره من ماله (۱) و لو تولی بنفسه ما یعتاد الاستیجار له فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم یقصد التبرع، و ربما یقال بعدم الجواز، و فیه:

انه مناف لقاعده احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه علیه (۲).

---

(۱) لکونه علی خلاف مقتضی عقد المضاربه، حیث انه یقتضی کون تلک الافعال علی العامل نفسه.

(۲) تقدم غیر مره أن هذا المقدار من التعلیل لا یکفی فی جواز أخذ العامل للأجره بل لا بد فی إثباته من إضافه ان العمل صادر بأذنه و مستند الیه، و الا فلو لم یکن العمل صادرا بأمره لم یکن وجه لإثبات الأجره علیه.

فصدور العمل عن أمر المالک مقوم لثبوت الأجره علیه، و هو متحقق فی المقام فان العمل لما کان الاستیجار علیه أمرا متعارفا کان مقتضی إذن المالک فی المضاربه الأذن فی الاستیجار و دفع الأجره بإزائه و مقتضی إطلاق هذا الاذن عدم الفرق بین کون الأجیر هو العامل أو غیره، فإنه و کما یجوز للعامل استیجار عبده للقیام بذلک

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۷۰

[(مسأله ۱۴): قد مر أنه لا یجوز للعامل السفر من دون اذن المالک]

(مسأله ۱۴): قد مر أنه لا یجوز للعامل السفر من دون اذن المالک، و معه فنفقته فی السفر من رأس المال (۱) إلا إذا اشترط المالک کونها علی نفسه (۲) و عن بعضهم کونها علی نفسه مطلقا، و الظاهر أن مراده فیما إذا لم یشترط کونها من الأصل. و ربما یقال: له تفاوت ما بین السفر و الحضر. و الأقوی ما ذکرنا (۳) من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأکل و مشرب و ملبس و مسکن و نحو ذلک مما یصدق علیه النفقه ففی صحیح علی ابن جعفر عن أخیه

أبى الحسن (علیه السلام): (فى المضارب ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه) هذا و أما فى الحضر فليس له

الفعل فتكون الأجره له قهرا كذلك يجوز له القيام به مباشره ليأخذ الأجره بلا واسطه.

(۱) لأنها من لوازم السفر و الأذن بالشى ء و بالدلاله الالتزاميه إذن فى لوازمه.

و يقتضيه مضافا إلى ذلك السيره القطعيه الجاريه.

(۲) فيتبع الشرط بلا كلام و يقتضيه قولهم (ع) (المؤمنون عند شروطهم) بعد ان كان الفعل فى حد نفسه سائغا.

(۳) إذ أن القولين الآخرين مضافا إلى منافاتهما لإطلاق الأذن، و السيره القطعيه الجاريه بالتزام الآمر لجميع نفقات المأمور فى سفره منافيان لصحيحه على بن جعفر المذكوره فى المتن.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۱

أن يأخذ من رأس المال شيئا (۱) إلا إذا اشترط على المالك ذلك.

[(مسأله ۱۵): المراد بالنفقه ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها فى سفره]

(مسأله ۱۵): المراد بالنفقه ما يحتاج اليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها فى سفره و أجره المسكن و نحو ذلك. و أما جوائزه و عطاياه و ضيافاته و مصانعاته فعلى نفسه (۲) إلا إذا كانت التجاره موقوفه عليه.

[(مسأله ۱۶): اللازم الاقتصار على القدر اللائق]

(مسأله ۱۶): اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو أسرف حسب عليه (۳) نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفا عند شخص لا يحسب له (۴).

[(مسأله ۱۷): المراد من السفر العرفى لا الشرعى]

(مسأله ۱۷): المراد من السفر العرفى لا الشرعى (۵) فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثه. كما انه إذا أقام فى بلد عشره أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال لأنه فى السفر

---

(۱) للسيره و صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

(۲) لعدم صدق النفقه عليه.

(۳) لخروجه عن المأذون من قبل المالک.

(۴) إذ العامل لا يملک على المالک مقدار نفقته کی يأخذه على کل تقدير و إنما يجوز له التصرف من رأس المال بمقدار نفقته، فإذا لم يصرف لم يبق موضوع للحکم.

(۵) فان المراد به ما يقابل کونه فی بلده.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۲

عرفا. نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر- مثل التفرج، أو لتحصيل مال له، أو لغيره مما ليس متعلقا بالتجاره- فنفقته فی تلک المده على نفسه (۱) و إن کان مقامه لما يتعلق بالتجاره و لأمر آخر بحيث يکون کل منهما عله مستقله لو لا الآخر، فان کان الأمر الآخر عارضا فی البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره (۲) و ان کانا فی عرض واحد ففيه وجوه (۳) ثالثها التوزيع و هو الأحوط فی الجمله (۴) و أحوط منه کون التمام على نفسه و إن کانت العله مجموعهما بحيث يکون کل واحد جزء من الداعی فالظاهر التوزيع (۵).

---

(۱) لأن نفقته حينئذ ليست بما انه عامل مضارب، فلا يشملها دليل خروجها من أصل المال.

(۲) لإطلاق الدليل بعد صدق کون مقامه للتجاره

(۳) أقواها جواز الإنفاق حيث لا قصور فی شمول الأدله للمقام بل يقتضيه

السيره القطعيه الجاريه حيث يتحمل المرسل نفقات الرسول من غير فرق بين ان يكون للعامل فى البلد المرسل اليه شغل غيره و عدمه.

(۴) أى بالنسبه إلى العامل.

(۵) و يقتضيه الارتكاز العرفى فإنه إذا كان تمام المقام مستندا إلى المالك و لأجله كان تمام نفقه العامل عليه، فإذا لم يكن غير بعضه له كان عليه من النفقات بحساب ذلك البعض إلى المجموع

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۳

[(مسأله ۱۸): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه]

(مسأله ۱۸): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فيه (۱) فلو سافر من غير إذن، أو فى غير الجهه المأذون فيه أو مع التعدى عما اذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجاره.

و بحسب هذا الارتكاز يمكن استفاده الحكم من صحيحه على بن جعفر المتقدمه أيضا، إذ العامل فى سفره هذا يجمع بين صفتين فهو عامل مضاربه و غيره حيث ان سفره أو مقامه مستند إليهما معا فله ان يطالب المالك من النفقات بمقدار ما هو عامل مضارب.

(۱) على ما يقتضيه الارتكاز العرفى، فإن ثبوت النفقه كان بملاك أن الأذن فى الشى ء إذن- و بالدلاله الالتزاميه- فى لوازمه، و مع انتفاء أصل الأذن لا تبقى دلاله التزاميه، و من هنا- و بحسب الارتكاز أيضا- يكون مورد صحيحه على بن جعفر المتقدمه مختصا بفرض الأذن فلا تعم صوره الغصب فان معه كيف يمكن للعامل الصرف من مال المالك.

على أنا لو سلمنا إطلاقها فمقتضى ما دل على ضمان العامل عند مخالفته لأمر المالك هو ضمان العامل لما ينفقه عند مخالفته لإذنه و من هنا فان قلنا بتقدم القاعده عليها و لو من جهه الفهم العرفى فهو المطلوب، و إن قلنا بمعارضتها بالعموم من وجه و تساقطهما، فالمرجع هو عمومات

ما دل على ان من أتلف مال غيره فهو له ضامن، فإنها شامله للمقام بلا اشكال و مقتضاها ضمان العامل لما يتلفه بالإنفاق، و هو يعنى عدم جواز صرفه من مال المالك.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۴

[(مسأله ۱۹): لو تعدد أرباب المال]

(مسأله ۱۹): لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لاثنين أو أزيد أو عاملا لنفسه و غيره- توزع النفقه (۱) و هل هو على نسبه المالين أو على نسبه العملين؟

قولان (۲).

---

(۱) على ما يقتضيه الارتكاز العرفى و القاعده و صحيحه على بن جعفر- على ما تقدم بيانه.

(۲) ذهب المشهور إلى الأول، بل و كأنه المتسالم عليه بينهم و نسب إلى بعض القول الثانى، الا انه لم يعرف قائله.

و كيف كان فهو الحق و ذلك لعدم ملاحظه القيمه و الماليه فى المضاربه عند إخراج نفقات العامل فإنه يأخذ نفقات سفره بتمامها و كمالها بإزاء عمله من غير فرق بين قله مال المضاربه و كثرتها، كما لو أرسل كل من تاجرين رسولا إلى بلد لقيامه بعمل معين، و كان رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال الآخر، فان كلا منهما سيخسر من النفقات بمقدار ما يخسره الآخر منها- إذا تساوت نفقتهما- و الحال ان رأس مال أحدهما أضعاف رأس مال صاحبه.

و ليس ذلك الا لكون العبره فى إخراج نفقته من رأس المال بالعمل و السفر لأجله دون كثره مال المضاربه أو قلتها.

و إذا كان الأمر كذلك فى أصل المطلب، يكون الأمر كذلك عند التوزيع أيضا فيلحظ العملين دون المالين.

و الحاصل: ان سبب استحقاق النفقه إنما هو العمل دون المال فإنه أجنبى بالمره عنه، و لعل هذا هو المرتكز فى الأذهان.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۵

[(مسأله ۲۰): لا يشترط فى استحقاق النفقه ظهور ربح]

(مسأله ۲۰): لا يشترط فى استحقاق النفقه ظهور ربح (۱) بل ينفق من أصل المال و ان لم يحصل ربح أصلا نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، و يعطى المالك تمام رأس ماله، ثم يقسم بينهما (۲).

[(مسأله ۲۱): لو مرض فى أثناء السفر]

(مسأله ۲۱): لو مرض فی أثناء السفر، فان کان لم یمنعه من شغله فله أخذ النفقه (۳) و ان منعه لیس

---

(۱) للسیره القطعیه فإن العامل یؤدی أجره ذهابه إلی تلک البلده من رأس المال و الحال انه لا ربح عند ذاک، بل و کذا نفقاته من المأکل و المشرب فی الطریق بل و فی البلده عند بدو الوصول إلیها، بل و بعد وصوله إلی قبل اشتغاله بالتجاره بل و فی بعض مراحلها أیضا، فإنه و فی کل تلک المراحل یصرف من رأس المال و قبل ظهور الربح.

(۲) علی ما یقتضیه النص، فان «جمیع المال» المذکور فیه لیس الأکل ما تحت ید العامل من الأصل و الربح، فتخرج النفقات منه ثم یستثنی رأس المال و الباقی یکون بینهما بمقتضی ما دل علی ان الربح بینهما علی ما اتفقا علیه.

نعم حکی عن الریاض القول بخروجها من أصل المال من غیر تدارک من الربح بعد ذلک ناسیا له إلی الأصحاب.

إلا أنه غیر قابل للتصدیق، فإنه خلاف خروجها من جمیع المال و ظاهر النص و الارتکاز العرفی استثناءها من الربح علی تقدیر ظهوره

(۳) بلا اشکال فیه، لشمول الأدله له.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۷۶

له (۱) و علی الأول لا یکون منها ما یحتاج الیه للبرء من المرض (۲).

---

(۱) فان الصرف من مال التجاره فی مورد یکون القصور من قبله لا لوجود مانع لیس مشمولا للنص و لا

يدخل فى الارتكاز العرفى.

(٢) قد يقال ان الحكم فى هذه المسأله مبنى على الخلاف فى شمول النفقات الواجبه- كنفقه الزوجه- لمثل نفقات العلاج، و عدمه بدعوى اختصاصها بالمسكن و الملبس و المأكل و المشرب.

الا انه فى غير محله و لا يمكن المساعده عليه، فان كلا من الأمرين تابع لدليله، و قد اخترنا فى مسأله نفقات الزوجه وجوب نفقه العلاج بكل ما يكون دخيلا فى قوام حياتها كالحمام للتنظيف على الزوج، باعتبار ان الوارد فى النصوص عنوان «يقيم ظهرها» و هو شامل لكل ما تحتاج إليه فى حياتها المتعارفه.

و أما فيما نحن فيه فلا دليل على وجوب نفقه العلاج على المالك فان الارتكاز العرفى مختص بما هو المتعارف و ما يعد نفقه للمسافر فى سفره فلا يعم ما يحتاج اليه من غير جهه السفر كالديه لو وجبت عليه فإنها غير مشموله للارتكاز العرفى جزما.

و كذا الحال بالنسبه إلى صحيحه على بن جعفر حيث أن المذكور فيها: «ما أنفق فى سفره» و هو ظاهر فيما ينفقه لأجل سفره فلا تشمل ما كان أجنبيا عنه.

و من هنا فالصحيح هو القول بتحمل العامل بنفسه لها إذ لا موجب لإخراجها من أصل المال أو الربح.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۷

[(مسأله ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السفر فنفقه الرجوع على نفسه]

(مسأله ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السفر فنفقه الرجوع على نفسه (١) بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ فإنها من مال المضاربه.

[(مسأله ٢٣) فى مضاربه الفاسده]

(مسأله ٢٣) قد عرفت الفرق بين المضاربه و القرض و البضاعه، و أن فى الأول الربح مشترك و فى الثانى للعامل و فى الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربه و الربح بتمامه لى، كان مضاربه فاسده (٢) إلا إذا علم انه

---

(١) فيما إذا انفسخ العقد بموت أو غيره أو جاء الفسخ من قبل العامل، و أما إذا كان بفعل المالك فالالتزام بكون مصرف الرجوع على العامل نفسه مشكل جدا، فإن صحيحه على بن جعفر و إن لم تكن شامله لها باعتبار ان موضوعها هو العامل المضارب و هو غير متحقق فى المقام، الا انه لا موجب لرفع اليد عن الارتكاز العرفى و التزام المالك بكون نفقاته فى سفره عليه.

و بعباره أخرى: ان أساس المضاربه قائم على ان لا يتوجه خساره على العامل بوجه من الوجوه، فهو إما ان يأخذ شيئا- و ذلك

على تقدير ظهور الربح- و إما ان لا يكون له شى ء، و اما تحمله للخساره من كيسه الخاص فهو خارج عن عنوان المضاربه.

نعم لو كان الفسخ من قبله تحمل هو نفقات رجوعه، حيث انه جاء من قبله و المالك لم يلتزم بنفقاته حتى على تقدير فسخه هو للعقد.

(۲) لفساد الشرط، حيث انه مخالف لمقتضى العقد و لا يجتمع معه، و ليس هو كاشتراط أمر خارجى حتى لا يكون فساده ساريا

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۷۸

قصد الإبضاع (۱) فيصير بضاعه، و لا يستحق العامل أجره (۲) إلا مع الشرط أو القرائن الداله على عدم

التبرع (۳) و مع الشک فیه و فی إراده الأجره یستحق الأجره أیضا، لقاعده احترام عمل المسلم (۴) و إذا قال: خذه قراضا

إلی العقد نفسه، فان بینهما بونا بعیدا، فان فی المقام لما لم یکن المنشئ قد أنشأ العقد مطلقا و إنما أنشأه مع شرط مناف کان ذلک من إنشاء أمر لا یتحقق فی الخارج فهو فی إنشاءه فرض عدمه حیث اعتبر عنوان المضاربه و کون الربح مشترکا بینهما علی ان لا یتحقق ذلک فی الخارج، فیحکم ببطلانه حیث لا یقبل الإمضاء.

و من هنا یظهر ان البحث الکلی فی سرایه الفساد من الشرط إلی العقد و عدمه غیر شامل للشرط المخالف لمقتضی العقد فإنه محکوم بالبطلان جزما نظرا لاعتبار المالک عدمه فی ضمن وجوده لأنه أنشأه علی ان لا یتحقق فی الخارج.

(۱) فیحکم بصحته لأنه حینئذ لیس بمضاربه و أنما أتی المنشئ بلفظها غلطا أو مجازا أو جهلا بمفاهیم الألفاظ.

(۲) باعتبار ان العمل لم یصدر عن أمره الضمانی، فإنه لم یأمر به بضمان و إنما أمره به مجانا، فلا وجه لاستحقاق العامل الأجره علیه.

(۳) فتثبت اجره المثل لصدور العمل عن الأمر مع الضمان.

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مبانی العروه الوثقی، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

مبانی العروه الوثقی؛ ج ۱، ص: ۷۸

(۴) و فیه ان مجرد ذلک لا یقتضی ثبوت الأجره علیه، بعد ما کان الإبضاع ظاهرا فی العمل مجانا، کما یظهر ذلک من اشتراط کون

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۷۹

و تمام الربح لک، فکذلک مضاربه فاسده (۱) إلا إذا علم انه أراد القرض (۲). و لو لم یذکر لفظ المضاربه بأن قال: خذه

و اتجر به و الربح بتمامه لی، کان بضاعه (۳) إلا مع العلم بإراده المضاربه فتکون فاسده (۴). و لو قال: خذه و اتجر به و الربح لک بتمامه، فهو قرض، الا مع العلم بإراده المضاربه، ففاسده، و مع الفساد فی الصور المذکوره یکون تمام الربح للمالک (۵) و للعامل أجره عمله (۶)

تمام الربح له، و قصد العامل لعدم التبرع لا أثر له بعد ان لم یکن الآمر قد أمر بضمان.

(۱) لمنافاته لمقتضی العقد علی ما عرفت.

(۲) ظهر وجهه مما تقدم.

(۳) لظهوره فیه.

(۴) لما تقدم.

(۵) لتبعیه النماءات و الأرباح للأصل فهی لمالک المال.

(۶) قد یفرض فساد المضاربه لسبب غیر اشتراط ما ینافی مقتضی العقد کما لو کان رأس المال دینا، و قد یفرض فساده من جهه اشتراط ما یخالف مقتضاه.

و الحکم فی الأول کما أفاده (قده) فان الربح بتمامه یکون للمالک و لا یعطی للعامل منه شی ء باعتبار انه لا أثر لجعل النسبه المعینه منه له، فإنه قد بطل بعدم إمضاء الشارع للعقد، لکن لما کان العمل بأمر من المالک لا علی نحو المجانیه، و استیفاء العمل المحترم بضمان

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۸۰

....

یوجب الضمان کان علیه دفع أجره مثل العمل إلی العامل.

و أما فی الثانی فلا بد من التفصیل بین ما إذا کان الشرط المخالف لمقتضی العقد هو کون تمام الربح للعامل و بین ما إذا کان الشرط کون تمامه للمالک.

ففی الأول فالحکم ما تقدم أیضا، فإن تمام الربح یکون للمالک لکن لما کان عمل العامل عملا محترما و صادرا بأمر المالک علی نحو الضمان، تثبت أجره المثل لا محاله و هذا بخلاف الثانی حیث لا وجه فیه للضمان بالمره، فإن وجهه

فی العقود الفاسده إنما هو الاقدام علیه و أمر الغیر بعمل له أجره من غیر ظهور فی المجانیه و هو غیر متحقق فی المقام لظهور أمره فی التبرع و المجانیه- کما یظهر من اعتبار کون تمام الربح له- و معه فکیف یکون ضامنا؟

بل حال هذه الصوره حال البضاعه عند عدم القرینه علی الأجره و هو الموافق للقاعده الکلیه: ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

ثم أن فی إطلاق استحقاق العامل لأجره المثل فی فرض فساد العقد- بأی وجه کان- نظرا بل منعا.

إذ الضمان فی مثل هذه الموارد لم یثبت بدلیل لفظی کی یتمسک بإطلاقه، و انما هو ثابت ببناء العقلاء، و القدر المتیقن منه هو استحقاقه للأجره فیما إذا کانت مساویه للمقدار الذی جعل له فی العقد الفاسد أو أنقص منه، فلو کان الفساد من جهه اشتراط کون تمام الربح للعامل و فرضنا انه کان مائه دینار، فهو لا یستحق فی فرض الفساد إلا ذلک المقدار من أجره المثل.

و أما إذا فرض زیاده الأجره علیه فلم یثبت بناء منهم علی لزوم

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۸۱

الا مع علمه بالفساد (۱).

[(مسأله ۲۴): لو اختلف العامل و المالک فی أنها مضاربه فاسده أو قرض أو مضاربه فاسده أو بضاعه]

(مسأله ۲۴): لو اختلف العامل و المالک فی أنها مضاربه فاسده أو قرض أو مضاربه فاسده أو بضاعه.

و لم یکن هناک ظهور لفظی و لا قرینه معینه، فمقتضی القاعده التحالف (۲).

دفعها بتمامها، بل لا ینبغی الشک و الریب فی عدم وجوب دفع ما زاد عن الربح إلیه، لأنه الذی الغی احترامه فیه.

و الحاصل: ان إطلاق لزوم دفع أجره مثل عمل العامل فی فرض فساد المضاربه انما یتم فیما إذا کانت الأجره أنقص أو مساویه لما اتفقا علیه من الربح و أما إذا کانت

أزید منه فلم یثبت بناء منهم علی استحقاقه للزائد.

(۱) تقدم نظیره فی عده من أبواب المعاملات و قد تکلمنا حوله فی مبحث الإجاره مفصلا حیث قد عرفت ان العلم بالفساد و عدمه سیان من هذه الجهه، فإن علمه بالفساد لیس إلا العلم بعدم إمضاء الشارع لهذا العقد و هو لا یلازم قصده التبرع و المجانیه، بل هو قاصد للربح و لو بغیر استحقاق شرعا، فإذا کان قصده کذلک و لم یکن أمر الآمر ظاهرا فی المجانیه بلا وجه للحکم بعدم استحقاقه للأجره.

و الحاصل: ان العلم بالفساد لا یلازم قصد التبرع و المجانیه فی العمل، و انما هو من هذه الناحیه مع عدمه سیان.

(۲) ذکرنا فی محله من کتاب القضاء أن النصوص الوارده فی

....

التخاصم علی کثرتها لم تتعرض لبیان المدعی و المنکر و من هنا فلم تثبت لهما حقیقه شرعیه و لا متشرعیه بل هما باقیان علی معناهما اللغوی المفهوم عرفا.

و المراد بالمدعی کل من یدعی شیئا و یکون هو المطالب بإثباته عند العقلاء و هو یتحقق فی موردین ادعاؤه علی غیره شیئا من مال أو حق، أو اعترافه بثبوت حق لغیره علیه مع دعواه الأداء و الوفاء، کما لو أقر بدین لغیره علی نفسه و ادعی الأداء فإن المطالب و ان کان هو المفروض و لو ترک ترک، إلا انه لما اعترف الطرف الآخر به کان هو المدعی و الملزم بالإثبات لدی العقلاء.

و من هنا: فان کان هذا من طرف واحد فهو المدعی و الطرف الآخر هو المنکر، و ان کان من الطرفین بحیث یدعی کل منهما علی الآخر شیئا و هو ینکره، فهو التداعی، فیلزم کل منهما

بيناء العقلاء بإثبات ما يدعيه، فلا بد من التحالف، فان حلفا سقطت كلتا الدعويين. و الا فدعوى الذى لم يحلف خاصه.

هـذا كله بحسب كبرى المسأله و اما بلحاظ تطبيقها على المقام فقـد يفرض أن المالك يـدعى القرض و العامل يدعى المضاربه الفاسده- و كانت المعامله خاسـره- فبناءا على ما تقدم منه (قده) من اسـتحقاق العامل لاجره المثل فى المضاربه الفاسده مطلقا و ان ناقشـنا فيه على تفصيل تقدم، فهو من مصاديق التداعى حيث يطالب كل منهما الآخر بشى ء فالمالك يدعى القرض و يطالب العامـل بتمـام المـال من دون ان يتحمـل شـيئا من الخساره و العامل يـدعى المضاربه الفاسـده و يطالب المالك بأجره مثل عمله فيتحالفان لا محاله.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٣

....

و أمـا لو انعكس الأمر بأن كانت التجاره مربحه و المالك يـدعى المضاربه الفاسـده كى لا يكون تمام الربـح له و العامل يـدعى الفرض ليحرمه منه، فليس المورد من التداعى فى شـى ء، و ذلك لان المالك بدعواه المضاربه الفاسده لا يطالب العامل بشـى ء كى يكون عليه إثبـاته و انما يكفيه عـدم ثبوت ما يـدعيه العامل. لان انتقال الربـح التابع لرأس المال قهرا إلى العامل بالقرض هو الذى يحتاج إلى الإثبات، فإن أثبته بالبينه كان الربح له و إلا حلف المالك و أخذه بتمامه.

و بعباره اخرى: ان المالك لا يحتاج فى أخذ الربح إلى إثبات كون العقد مضاربه فاسده، فإنه لا يلزم العامل بشـى ء و انما يطالبه بربح ماله بعد أن يثبت كونه قرضا.

و من هنا فالنماء له حتى و لو لم يدع المضاربه الفاسده حيث يكفيه مجرد إنكاره للقرض.

و على هذا فالعامل هو المدعى. و المالك هو المنكر.

و أوضح من هذا ما لو

ادعی أحدهما البضاعه و الآخر المضاربه الفاسده- بناء علی ما اختاره (قده) من ثبوت اجره المثل للعامل فی کلا الفرضین مع کون الربح بتمامه للمالک- فإنه لا وجه لجعله من موارد التداعی، إذ لا نزاع بینهما بالمره، لاتفاقهما علی ثبوت الربح للمالک و استحقاق العامل اجره المثل علی التقدیرین فلیس هناک نزاع بینهما إلا فی الصوره و إلا فلیس فی الواقع مدع و منکر.

نعم بناء علی ما اخترناه من عدم استحقاق العامل الأجره فی البضاعه فلو ادعی العامل المضاربه الفاسده و المالک البضاعه، کان العامل هو المدعی و المالک منکرا لانه لا یلزمه بشی ء، و لا تصل النوبه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۸۴

و قد یقال: بتقدیم قول من یدعی الصحه. و هو مشکل إذ مورد الحمل علی الصحه (۱) ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معینه و اختلفا فی صحتها و فسادها لا مثل المقام الذی یکون الأمر دائرا بین معاملتین علی إحداهما صحیح و علی الأخری باطل نظیر ما إذا اختلفا فی أنهما أوقعا البیع الصحیح أو الإجاره الفاسده مثلا، و فی مثل هذا مقتضی القاعده التحالف.

و أصاله الصحه لا تثبت کونه بیعا مثلا لا إجاره، أو بضاعه صحیحه مثلا لا مضاربه فاسده.

إلی التداعی.

(۱) علی ما تقدم بیانه منا غیر مره، فإن أصاله الصحه تجری فی موردین:- الأول: حمل فعل المؤمن علی الصحه و انه لا یرتکب فعلا علی خلاف وظیفته و الأصل فی هذا المورد ثابت بدلیل لفظی و انه لا ینبغی ان یتهم بل ینبغی حمل فعله علی أحسنه.

و من هنا فلا یختلف الحال فیه بین إحراز عنوان العمل و عدمه فلا فرق فی وجوب الحمل علی الصحه بهذا المعنی

بين أن يرى مفطرا فى شهر رمضان مع احتمال كونه مسافرا أو مريضا، فيحمل عمله على الصحه و لا ـ يتهم بالإفطار فى شهر رمضان عمدا، و بين ما لو صدر منه كلام مردد بين الشتم و السلام، فيحمل على الصحيح و لا يظن به السوء.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۸۵

[(مسأله ۲۵): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح]

(مسأله ۲۵): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صح و لكل منهما النصف (۱) و إذا قال:

الا أن أصاله الصحه بهذا المعنى لا تثبت لوازمها و أنه قد سلم، و من هنا فلا يجب الجواب عليه.

الثانى: الحمل على الصحه بمعنى ترتيب آثارها على الفعل، فإذا صدر منه بيع أو طلاق أو غيرهما من العقود و شككنا فى اشتماله على شرائط الصحه و عدمه، كان مقتضى أصاله الصحه الحكم بالصحه و ترتيب آثارها عليه. فهى كقاعده الفراغ فى العبادات.

و هذا الأصل لا دليل عليه سوى السيره القطعيه و التسالم عليه بين المسلمين و مورده ما إذا كان العنوان معلوما و كان الشك فى الصحه و الفساد فقط.

و أما إذا كان العمل مجهولا كما لو دار الأمر بين طلاق زوجته طلاقا صحيحا أو إجاره داره إجاره فاسده فلم تثبت السيره منهم على البناء على الصحه و ترتيب آثار الطلاق الصحيح عليه. إذ لم يحرز عنوان الطلاق كى يحكم بصحته.

(۱) لانه ظاهر الكلام، حيث ان مثل هذا التعبير ظاهر عرفا فى التساوى. و خلافه هو الذى يحتاج إلى الإثبات، كما هو الحال فى سائر الموارد كالوصيه بشى ء واحد لاثنين فإنها ظاهره فى تساويهما فيه، و لأجل هذا الظهور يحكم بصحه المعامله و ان كانت قد تبدو لأول وهله مجمله.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱،

و نصف الربح لک فکذلک (۱) بل و کذا لو قال: و نصف الربح لی، فإن الظاهر ان النصف الآخر للعامل و لکن فرق بعضهم بین العبارتین، و حکم بالصحه فی الأولی، لأنه صرح فیها بکون النصف للعامل و النصف الآخر یبقی له. علی قاعده التبعیه، بخلاف العباره الثانیه، فإن کون النصف للمالک لا ینافی کون الآخر له أیضا، علی قاعده التبعیه، فلا دلاله فیها علی کون النصف الآخر للعامل و أنت خبیر بان المفهوم من العباره عرفا کون النصف الآخر للعامل (۲).

[(مسأله ۲۶): لا فرق بین أن یقول: خذ هذا المال قراضا و لک نصف ربحه، أو قال: خذه قراضا و لک ربح نصفه]

(مسأله ۲۶): لا فرق بین أن یقول: خذ هذا المال قراضا و لک نصف ربحه، أو قال: خذه قراضا و لک ربح نصفه، فی الصحه و الاشتراک فی الربح بالمناصفه، و ربما یقال: بالبطلان فی الثانی، بدعوی: ان مقتضاه

---

(۱) حیث ان ظاهره کون تمام النصف الآخر للمالک، باعتبار ان النماء بتمامه تابع للعین فما لم یجعله المالک لغیره یکون بطبیعه الحال له لانه نماء ملکه.

(۲) باعتبار ان ظاهر الکلام هو کون النصف تمام ماله من الربح و تحدید ما یستحقه بذلک، و هو یقتضی کون الباقی للعامل و الا لما کان تمام ما للمالک هو النصف.

کون ربح النصف الآخر بتمامه للمالک، و قد یربح النصف فیختص به أحدهما أو یربح أکثر من النصف، فلا یکون الحصه معلومه، و أیضا قد لا یعامل إلا فی النصف. و فیه:

ان المراد ربح نصف ما عومل به و ربح (۱) فلا إشکال.

[(مسأله ۲۷): یجوز اتحاد المالک و تعدد العامل مع اتحاد المال]

(مسأله ۲۷): یجوز اتحاد المالک و تعدد العامل (۲) مع اتحاد المال، أو تمیز مال کل من العاملین، فلو قال:

ضاربتکما و لکما نصف الربح صح، و کانا فیه سواء و لو فضل أحدهما علی الآخر صح أیضا و إن کانا فی العمل سواء. فان غایته اشتراط حصه قلیله لصاحب العمل الکثیر و هذا لا بأس به و یکون العقد الواحد بمنزله عقدین مع اثنین، و یکون کما لو قارض أحدهما فی نصف المال بنصف و قارض الآخر فی النصف الآخر بربع الربح، و لا مانع منه، و کذا یجوز تعدد المالک و اتحاد العامل بان

---

(١) فالمراد ربح نصف المقدار الذى وقع موردا للتجاره فهو نصف الربح فيما اتجر به لا ما

لم يتجر كما يشهد له الفهم العرفى، كما هو الحال فى التعبير الأول أيضا.

(۲) لإطلاق الأدله و انحلال المضاربه فى الحقيقه و الواقع إلى مضاربتين أو أكثر، فهو كما لو ضارب المالك كلا منهما بنصف المال رأسا، فإن الاتحاد فى مقام الإنشاء لا ينافى التعدد فى الواقع و اللب.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٨

كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا (١) بعقد واحد بالنصف مثلا- متساويا بينهما أو بالاختلاف: بان يكون فى حصه أحدهما بالنصف و فى حصه الآخر بالثلث أو الربع مثلا. و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال بان يكون مال كل منهما ممتازا و قارضا واحدا مع الأذن فى الخلط مع التساوى فى حصه العامل بينهما أو الاختلاف: بان يكون فى مال أحدهما بالنصف و فى مال الآخر بالثلث أو الربع.

[(مسأله ٢٨): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا]

(مسأله ٢٨): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا، و اشترطا له نصف الربح، و تفاضلا فى النصف الآخر: بان جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما فى ذلك المال. أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه، فان كان من قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبه إلى صاحب الزياده: بأن يكون كأنه اشترط على العامل فى العمل بما له أقل مما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، و شرط له صاحب النقيصه ثلثى ربح حصته- مثلا- مع تساويهما فى المال، فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل (٢)

---

(١) لما تقدم من الإطلاق و انحلال المضاربه بعدد الملاك

(٢) و الوجه فيه واضح بعد ما عرفت من انحلال المضاربه الواحده

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٨٩

و ان لم يكن النقص راجعا إلى

العامل بل على الشريك الآخر: بان يكون المجعول للعامل بالنسبه إليهما سواء لكن اختلفا فى حصتهما، بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان، لاستلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين أو تساويهما مع التفاوت فى المالين بلا عمل من صاحب الزياده، لأن المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك فى الشركه و الأقوى الصحه (١)

فى الواقع إلى مضاربتين مستقلتين بنصفى المال، على ان يكون للعامل فى إحداهما ثلثا الربح و للمالك الثلث و فى الأخرى بالعكس.

(١) بل الأقوى هو القول الأول و هو البطلان لعدم نفوذ مثل هذه الشروط- على ما تقدم بيانه غير مره- فإن أدله نفوذ الشروط كقولهم (ع) «المؤمنون عند شروطهم» غير شامله له، لان هذا الشرط و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد إلا انه مخالف للسنه.

و الوجه فيه ما عرفت من ان أدله نفوذ الشروط غير مشرعه و انما هى داله على لزوم العمل بكل شرط سائغ فى نفسه، فما لم يكن سائغا بنفسه قبل الاشتراط لا يكون سائغا بالشرط.

فان الاشتراط لا يوجب انقلاب الحكم الشرعى، و لا يقتضى تحليل الحرام أو تحريم الحلال.

و من هنا فحيث ان مقتضى تبعيه النماء للعين فى الملك، كون ربح مال كل احد له، يكون اشتراطه لغيره محتاجا إلى الدليل الخاص

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٩٠

لمنع عدم جواز الزياده لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإن الأقوى جواز ذلك الشرط و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركه، بل هو مخالف لمقتضى إطلاقها مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركه و المضاربه و ان كانت متضمنه للشركه (١)

و لذا لم يلتزموا بصحه هذا الشرط فى غير عقد الشركه

و المضاربه كما لو باع متاعه لشخص على ان يكون ربحه من تجارته الأخرى له- على نحو شرط النتيجه كما هو المفروض فى المقام- فإنه يكون باطلا جزما.

إذن: فهذا الشرط مخالف للسنه، و أدله نفوذ الشرط لا تشمله لأنها غير مشرعه.

(۱) ما أفاده (قده) مبنى على ثبوت إطلاق فى أدله المضاربه يقتضى جواز جعل بعض الربح للأجنبى- كما اختاره (قده) فى أول الكتاب- فان المقام من صغريات تلك الكبرى حيث ان كلا من الشريكين أجنبى بالنسبه إلى حصه شريكه الآخر.

لكنك قد عرفت منا عدم ثبوت مثل هذا الإطلاق، و من هنا فالظاهر عدم جواز هذا الاشتراط بلا فرق فى ذلك بين الشركه و المضاربه.

نعم لو كان هذا الاشتراط على نحو شرط الفعل لا شرط النتيجه لصح و وجب الوفاء به لانه فعل سائغ فى نفسه، الا انه خارج عن محل الكلام حيث ان المفروض فى المقام ملكيه أحد الشريكين لبعض حصه شريكه بمجرد الشرط.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۹۱

[(مسأله ۲۹): تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك]

(مسأله ۲۹): تبطل المضاربه بموت كل من العامل و المالك، أما الأول: فلاختصاص الأذن به (۱) و أما الثانى: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه (۲) فإن كان المال نقدا صح، و ان كان عروضا فلا (۳) لما عرفت من عدم جواز المضاربه على غير النقدين، و هل يجوز لوارث المالك اجازه العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز، لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعا على ماله أو متعلق حقه. و هذا بخلاف اجاره البطن السابق فى الوقف أزيد من حياته، فان البطن اللاحق يجوز له الإجازه، لأن له حقا بحسب جعل الواقف. و أما

فی المقـام فلیس للوارث حق حـال حیـاه المورث أصـلا، و انمـا ینتقـل الیه المـال حال موته و بخلاف اجازه الوارث لما زاد من الثلث فی الوصیه و فی المنجز حال المرض- علی القول بالثلث

---

(۱) فیرتفع بموته و ورثته أناس أجانب عنه، فلیس لهم التصرف فی المال من دون إذن مالکه.

(۲) لما تقدم من بطلان العقود الإذنیه الجائزه بموت احد الطرفین.

(۳) علی خلاف تقدم فی محله، و قد عرفت ان الأقوی جواز المضاربه بغیر النقدین فراجع.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۹۲

فیه- فان له حقا فیما زاد، فلـذا یصـح أجازته و نظیر المقام اجاره الشـخص ماله مده مات فی أثنائها- علی القول بالبطلان بموته- فـإنه لا یجوز للوارث إجازتها، لکن یمکن ان یقال: یکفی فی صـحه الإجاره کون المال فی معرض الانتقال الیه و ان لم یکن له علقه به حال العقـد (۱) فکونه سیصـیر له کـاف و مرجع إجـازته حینئـذ إلی إبقـاء ما فعله المورث (۲) لا ـ قبوله و لا تنفیـذه فإن الإجـازه أقسـام قـد تکون قبولا ـ لمـا فعله الغیر، کما فی إجازه بیع ماله فضولا و قـد تکون راجعا إلی إسـقاط حق، کما فی اجازه المرتهن

---

(۱) و فیه: ان الکلام فی إجـازه الوارث للمضـاربه بعـد موت المالـک لا ـ فی حال حیاته و من هنا فکونه فی معرض الانتقال إلیه أجنبی عن الموضوع بالمره. لأنه إذا ثبت له حق الإجازه کان له ذلک سواء أ کان فی معرض الانتقال إلیه أم لم یکن، إذ لا فرق فی المجیز بین کونه وارثـا و کونه أجنبیـا کمـا لو انتقـل الیه المـال بالشـراء أو الصـداق فـان الکلام فی ثبوت حق الإجازه له هو الکلام فی ثبوته للوارث.

(۲) لم

يتحصل لما أفاده (قده) وجه محصل، فان الموت يوجب بطلان المضاربه و معه كيف يمكن الحكم ببقاءها؟ بل ان كانت هناك مضاربه فهى مضاربه جديده غير التى كانت بين المالك الأول و العامل.

على أن لازم بقاء المضاربه الأولى و عدم كون هذه المضاربه

لبيع الراهن، و اجازه الوارث لما زاد عن الثلث، و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما فى المقام.

[(مسأله ۳۰): لا يجوز للعامل ان يوكل وكيلا فى عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك]

(مسأله ۳۰): لا- يجوز للعامل ان يوكل وكيلا فى عمله أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك (۱) نعم لا- بأس بالتوكيل أو الاستيجار فى بعض المقدمات على ما هو المتعارف (۲) و أما الإيكال إلى الغير وكاله أو استئجارا فى أصل التجاره فلا يجوز من دون إذن المالك و معه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك.

- الثانيه- مضاربه جديده، هو تدارك الخسران الواقع فى زمن المالك الأول من الربح فى عهد المالك الجديد و بالعكس و هو يعنى حرمان العامل فى إحدى المضاربتين عن بعض الربح و تحميله لبعض الخساره، و هذا مما لا يمكن الالتزام به لمنافاته لما دل على عدم تحمل العامل لشى ء من الخسران.

إذن: فما أفاده- قدس سره- لا يمكن المساعده عليه و الصحيح هو الحكم بالبطلان.

(۱) لقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و خروجه عن عنوان المضاربه.

(۲) كاستيجار الحمال على نقل البضائع أو الصانع لمساعدته فى بعض العمل، و الوجه فيه أن التعارف قرينه على رضا المالك بذلك التصرف.

[(مسأله ۳۱): إذا أذن فى مضاربه الغير]

(مسأله ۳۱): إذا أذن فى مضاربه الغير، فاما ان يكون بجعل العامل الثانى عاملا للمالك، أو بجعله شريكا معه فى العمل و الحصه، و أما بجعله عاملا- لنفسه. أما الأول فلا مانع منه و تنفسخ مضاربه نفسه على الأقوى (۱) و احتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاه كما ترى. و يكون الربح مشتركا بين المالك و العامل الثانى و ليس للأول شى ء (۲)

---

(۱) بـل الأـقوى البقـاء، بـل لـم يظهر للانفسـاخ وجه صـحيح، فإن المضاربه من العقود الإذنيه الجائزه و لا تتضـمن اى تمليك أو تملك و انما

هی عباره عن الأذن فی التصرف بالمال و نتیجتها کون الربح مشترکا بینهما. و معه فما هو المانع من مضاربه اثنین من بادئ الأمر؟ فیکون لکل منها الاتجار بذلک المال، فان سبق أحدهما و اتجر به انتفی موضوع المضاربه الثانیه. فإن ظهر ربح کان بین المالک و العامل.

و لا تقاس هذه بالإجاره أو المزارعه حیث انهما یتضمنان التملیک و لا یصح ان یکون العمل الواحد مملوکا لشخصین أو یصدر العمل الواحد من اثنین علی نحو الاستقلال کی یکونا مالکین للأجره، بل المقام من قبیل التوکیل حیث لا مانع من توکیل المتعددین فی العمل الواحد.

و الحاصل: انه لا وجه لما أفاده- قدس سره- بعد إمکان اجتماع المضاربتین علی المال الواحد.

(۲) لخروجه عن حدود المضاربه لأنه لیس بمالک لرأس المال

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۹۵

إلا إذا کان بعد أن عمل عملا و حصل ربح، فیستحق حصته من ذلک (۱) و لیس له أن یشترط علی العامل الثانی شیئا من الربح (۲) بعد ان لم یکن له عمل بعد المضاربه الثانیه بل لو جعل الحصه للعامل فی المضاربه الثانیه أقل مما اشترط

و لا عامل فیه.

(۱) عملا بالمضاربه التی اتفقا علیه هو و المالک.

(۲) ما أفاده (قده) انما یتم بناء علی ما اخترناه من عدم جواز جعل شی ء من الربح للأجنبی، نظرا الی کون الحکم فی المضاربه علی خلاف القاعده باعتبار أن مقتضی تبعیه النماء لأصل المال هو کون الربح بأکمله للمالک، فکون بعضه لغیره علی خلاف القاعده، و من هنا یحتاج نفوذه إلی الدلیل و هو مختص بما إذا اشترط البعض للعامل.

و أما أدله الوفاء بالشروط فقد عرفت انها لیست بمشرعه فلا تشمل مثل هذا الشرط

المخالف للسنه.

و أما بناء على ما أفاده (قده) من جواز اشتراط بعض الربح للأجنبى تمسكا بما ادعاه من عموم «المؤمنون عند شروطهم» فلا وجه للقول بعدم نفوذ الشرط فى المقام. إذ العامل الأول أجنبى بالنسبه إلى المضاربه الثانيه فلا مانع من ان يستحق شيئا من الربح بالاشتراط.

و منه يظهر الحال فيما أفاده (قده) فيما لو جعل الحصه للعامل فى المضاربه الثانيه أقل مما اشترط له فى الأولى، فإنه من مصاديق اشتراط بعض الربح لنفسه أيضا.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۹۶

له فى الأولى، كأن يكون فى الأولى بالنصف و جعله ثلثا فى الثانيه لا يستحق تلك الزياده، بل ترجع الى المالك.

و ربما يحتمل جواز اشتراط شى ء من الربح، أو كون الزياده له. بدعوى ان هذا المقدار- و هو إيقاع عقد مضاربه ثم جعلها للغير. نوع من العمل، يكفى فى جواز جعل حصه من الربح له. و فيه: أنه وكاله لا مضاربه (۱) و الثانى أيضا لا مانع منه (۲) و تكون الحصه المجعوله له فى المضاربه الأولى مشتركه بينه و بين العامل الثانى، على حسب قرارهما. و أما الثالث فلا يصح (۳) من دون أن يكون له عمل مع العامل الثانى، و معه يرجع الى التشريک.

[(مسأله ۳۲): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن]

(مسأله ۳۲): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الأذن

---

(۱) و بعباره اخرى: ان مطلق العمل لا يوجب استحقاقه شيئا من الربح، و انما الذى يقتضيه هو العمل تجاره مع ظهور الربح فيه و ليس هذا منه.

(۲) فان العقد الثانى لما كان و بحسب الفرض باذن المالك و رضاه كان مرجعه إلى تعدد العامل المضارب فى المضاربه الأولى بعد ان كان متحدا حدوثا.

(۳) فان العامل أجنبى عن مال المضاربه فلا

یحق له تسلیط الغیر علیه بإنشاء العقد علیه معه فان ذلک من مختصات المالک أو من یقوم مقامه.

من المالـک، فإن أجاز المالک ذلک کان الحکم کما فی الأذن السابق فی الصور المتقـدمه فیلحق کلا حکمه (۱) و ان لم یجز بطلت المضاربه الثانیه، و حینئـذ فإن کان العامل الثانی عمل و حصل الربح فما قرر للمالک فی المضاربه الأولی فله، و أما ما قرر للعامـل فهـل هو أیضـا له أو للعامـل الأـول أو مشترک بین العاملین؟ وجوه و أقوال، أقواها الأول لأن المفروض بطلان المضاربه الثـانیه فلاـ یستحق العامـل الثـانی شیئا، و ان العامـل الأـول لم یعمـل حتی یسـتحق، فیکون تمـام الربـح للمالـک إذا أجاز تلک المعاملات الواقعه علی ماله و یستحق العامل الثانی أجره عمله مع جهله بالبطلان (۲)

---

(۱) لانتساب العقد الصادر فضوله بالإجازه إلی المجیز، فیکون العقد عقده و من ثم یترتب علیه الآثار.

(۲) و أمـا إذا کان عالما بالحال فالأظهر انه لا ضـمان لا علی المالک و لا علی العامل، و لا ینافیه ما تقـدم منا فی غیر مورد انه لا فرق فی الضـمان بین علم العامـل بفسـاد العقـد و عـدمه، فان بینه و بین المقام من الفرق ما لا یکاد یخفی فان المفروض فی غیر المقام صدور العمل من العامل بأمر الآمر لا علی نحو المجانیه، فهو بأمره قد التزم للعامل بالأجره، فلا یضـر علم العامل بالفساد، و هذا بخلاف المقام حیث لم یلتزم العامل الأول للثانی بشـی ء و انما أخبره عن ضـمان المالک له، و حیث ان العامل یعلم کذبه و انه لیس بو کیل عنه، فلا وجه للحکم بضمانه، بل یکون حاله حال من

استأجر غيره للعمل فى ملك الغير

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۹۸

على العامل الأول لأنه مغرور من قبله. و قيل: يستحق على المالك (۱) و لا وجه له مع فرض عدم الأذن منه له فى العمل. هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملاـ للمالك، و أما إذا ضاربه على أن يكون عاملا له، و قصد العامل فى عمله العامل الأول، فيمكن ان يقال: ان الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق فى الشرائع، و ذلك بدعوى ان المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانيه، و المفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول، فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح، و عليه اجره عمل العامل إذا كان جاهلا بالبطلان، و بطلان المعامله لاـ يضر بالأذن الحاصل منه للعامل له لكن هذا انما يتم إذا لم يكن المباشره معتبره فى المضاربه الأولى (۲) و أما مع اعتبارها فلا يتم و يتعين

على أن تكون أجرته على المالك. مع علم الأجير بعدم كونه وكيلا عنه

(۱) و كأنه لأن المالك قد استفاد من فعله و هو قد عمل على طبق نفعه، و عمل المسلم محترم.

الا أن فساده أوضح من أن يخفى، فان احترام عمل المسلم لا يقتضى ان يكون لغيره ضمان بالنسبه إليه ما لم يكن العمل بأمره و إذنه.

(۲) فإنه حينئذ تصح المضاربه الأولى و يكون للعامل الأول ما قرراه من الربح، و للثانى أجره مثل عمله على الأول مع جهله بالفساد بل مع علمه به أيضا على ما تقدم، لان العمل قد استوفاه العامل

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۹۹

كون تمام الربح للمالك (۱) إذا أجاز المعاملات و ان لم تجز المضاربه الثانيه.

[(مسأله ۳۳): إذا شرط أحدهما على الآخر فى ضمن عقد المضاربه مالا أو عملا]

(مسأله ۳۳): إذا

شرط أحدهما على الآخر فى ضمن عقد المضاربه مالا- أو عملا- كأن اشترط المالک على العامل أن يخيط له ثوبا أو يعطيه درهما أو نحو ذلک، أو بالعكس فالظاهر صحته. و كذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعا أو قرضا أو قراضا أو بضاعه أو نحو ذلک. و دعوى: أن العقد المتيقن ما إذا لم يكن من المالک إلا- رأس المال و من العامل إلا التجاره. مدفوعه: بأن ذلک من حيث متعلق القدر فلا ينافى اشتراط مال أو عمل خارجى فى ضمنه، و يكفى فى صحته عموم أدله الشروط و عن الشيخ الطوسى فيما إذا اشترط المالک على العامل بضاعه، بطلان الشرط دون العقد فى أحد قوليه، و بطلانهما فى قوله الآخر قال:

لان العامل فى القراض لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض، لان قسط

الأول. و التزم بعوضه للثانى، فيضمنه عند ظهور فساد العقد معه.

(۱) لأن الأول لم يعمل شيئا. و الثانى و ان عمل الا ان عمله لم يكن بأمر المالک فلا يستحق شيئا، و توهم استحقاق العامل الأول لما قرر فى المضاربه الأولى باعتبار ان المقام من مصاديق تخلف الشرط، و قد دلت النصوص

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۰۰

العامل يكون مجهولا (۱). ثم قال: «و ان قلنا ان القراض صحيح و الشرط جائز، لكنه لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعه لا يلزم القيام بها كان قويا» و حاصل كلامه فى وجه بطلانهما: أن الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا، و ببطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهاله حصه العامل من حيث ان للشرط قسطا من الربح و ببطلانه يسقط ذلک القسط، و هو

غير معلوم المقـدار و فيه: منع كونه منافيـا لمقتضـى العقـد، فـان مقتضاه ليس أزيـد من أن يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح، و العمل

على استحقاقه للحصه المعينه من الربح عند ظهوره.

مـدفوع: بان النصوص انما وردت فى عمل العامل على خلاف شـرط المالك كما لو اشترط التجاره فى البلـد، فتاجر فى غيره، و أين هذا من صدور العمل من أجنبى عن حدود المضاربه بالكليه؟

و بعباره اخرى: ان المفروض فى هـذه النصوص صـدور التجاره من العامل فاقدا لشـرط المالك، فلا تشـمل صوره صدور الفعل من غيره كما هو الحال فى المقام.

(١) و ذلك لان المالك انما رضى بجعل النسبه المعينه من الربح للعامل لاشتراطه عليه عملا آخر مجانا فهو انما أعطاه النصف- مثلا- لاشتراطه عليه خياطه ثوبه مجانا، و لولاها لما كان يجعل للعامل النصف و هذا يعنى مقابله بعض الحصه المجعوله للشرط.

و من هنا فإذا فسد الشرط فسد ما يقابله قهرا و حيث انه مجهول

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠١

الخـارجى ليس عملا فى مال القراض (١) هـذا مع أن مـا ذكره من لزوم جهاله حصه العامل بعـد بطلان الشـرط ممنوع، إذ ليس الشـرط مقابلاـ بـالعوض فى شـى ء من الموارد، و انمـا يوجب زياده العوض فلا ينقض من بطلانه شـى ء من الحصه حتى تصـير مجهولا. و أما ما ذكره فى قوله: «و ان قلنا.»

فلعـل غرضه انه إذا لم يكن الوفـاء بالشـرط لازمـا يكون وجوده كعـدمه، فكأن لم يشترط، فلا يلزم الجهاله فى الحصه. و فيه: أنه على فرض إيجابه للجهاله لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به و عـدمه حيث انه على التقـديرين زيـد بعض العوض لأجله. هذا و قد يقرر فى وجه

بطلان الشرط المذكور: أن هذا الشرط لا اثر له أصلا، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث انه فى العقد الجائز و لا يلزم من تخلفه أثر التسليط على الفسخ، حيث انه يجوز فسخه

يكون ما بإزاء نفس عمل المضاربه مجهولا ـ أيضا، و حينئذ فيبطل العقد إذ يعتبر فى عقد المضاربه تحديد حصه العامل من الربح.

(١) و بعباره اخرى: ان مقتضى عقد المضاربه ان لا يكون عمل العامل فى مال المضاربه مجانا و بلا عوض، بل لا بد من جعل شى ء من الربح بإزائه، و أما كون عمله فى مال آخر غيره بعوض أيضا، فلا يقتضيه عقد المضاربه و لا دليل عليه بل مقتضى عمومات الوفاء بالشرط صحه هذا الشرط.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٢

و لو مع عدم التخلف. و فيه أولا: ما عرفت سابقا من لزوم العمل بالشرط فى ضمن العقود الجائزه ما دامت باقيه و لم تفسخ و ان كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به و ثانيا: لا نسلم ان تخلفه لا يؤثر فى التسلط على الفسخ إذ الفسخ الذى يأتى من قبل كون العقد جائزا انما يكون بالنسبه إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتى من تخلف الشرط فإنه يوجب فسخ المعامله من الأصل (١) فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح، فان كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، و ان كان من القسم الثانى يكون تمام الربح للمالك، و يستحق العامل أجره المثل لعمله و هى قد تكون أزيد من الربح (٢) و قد تكون أقل فيتفاوت الحال بالفسخ و عدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط.

---

(١) و الفرق بينهما ان الجواز الآتى من قبل

الشرط جواز وضعی حقی قابل للإسقاط من قبل المتعاقدین، فی حین ان الجواز المضاف الی العقد مباشره جواز حکمی لا یقبل الإسقاط.

(۲) انما یستحق العامل زیاده الأجره عن الحصه المعینه من الربح علی تقدیر الفسخ فیما إذا لم یکن التخلف من نفسه، کما لو جاء الفسخ نتیجه لتخلف المالک عما شرط علیه، و أما إذا کان الفسخ نتیجه لتخلف العامل عن الشرط فهو انما یستحق أقل الأمرین من

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۰۳

[(مسأله ۳۴): یملک العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره]

(مسأله ۳۴): یملک العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غیر توقف علی الإنضاض أو القسمه لا- نقلا و لا کشفا، علی المشهور، بل الظاهر الإجماع علیه لانه مقتضی اشتراط کون الربح بینهما (۱) و لأنه مملوک و لیس

اجره المثل و ما اتفقا علیه من الحصه، و لا یستحق الزیاده لإقدامه علی العمل فی المضاربه بأقل من ذلک المقدار، فهو قد الغی احترام ماله فیه.

(۱) فان مقتضاه مع ملاحظه إطلاقات أدله المضاربه ملکیه العامل للربح بمجرد ظهوره و من غیر توقف علی أمر آخر غیره.

و قد ذکرنا فی مبحث الخمس تبعا للماتن (قده) ان ارتفاع القیمه السوقیه قد یفرض فی الأموال التی لم تعد للتجاره و الاکتساب کالمعدات المتخذه للانتفاع الشخصی و قد یفرض فیما یتخذ للانتفاع بمالیته.

ففی الأول لا- یعد ترقی القیمه ربحا عند العقلاء- نظرا إلی ان الغایه من ملکیته لها لیست هی التجاره کی تکون موردا لصدق الربح و الاستفاده فمن یشتری دار سکناه بألف ثم ترتفع القیمه السوقیه بمرور الزمان فتصبح خمسه آلاف لا یعد لدی العقلاء انه قد ربح أربعه آلاف ما دام هو یحتفظ بداره و لم یبعها، و انما هو یملک دار سکناه

فقط نعم لو باعها صدق الربح عند ذلک، و هذا بخلاف الثانی حیث ان زیاده القیمه فیه تعتبر ربحا لدی العقلاء سواء أباعه أم لم یبعه، فإنه رابح و مالک للزیاده بالفعل، و دعوی: انه أمر موهوم واضح الفساد، فإنه أمر اعتباری ثابت ببناء العقلاء علی حد ثبوت أصل المالیه و الا فلا نعرف ای فرق

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۰۴

للمالک، فیکون للعامل. للصحیح (۱): «رجل دفع الی رجل ألف درهم للمضاربه، فاشتری أباه و هو لا یعلم.

قال: یقوم فان زاد درهما واحدا انعتق، و استسعی فی مال الرجل» إذ لو لم یکن مالکا لحصته لم ینعتق أبوه.

نعم عن الفخر عن والده: أن فی المسأله أربعه أقوال، و لکن لم یذکر القائل و لعله من العامه (أحدها) ما ذکرنا (الثانی): انه یملک بالإنضاض، لأنه قبله لیس موجودا خارجیا بل هو مقدر موهوم (الثالث): انه یملک بالقسمه لأنه لو ملک قبله لاختص بربحه و لم یکن وقایه لرأس المال (الرابع): أن القسمه کاشفه عن الملک سابقا لأنها توجب استقراره. و الأقوی ما ذکرنا، لما ذکرنا. و دعوی:

بین الذهب و الحدید، فتاجر الحنطه و ان لم تزد حنطته عینا الا انها لما کانت تباع فی آخر السنه بأکثر مما کانت تباع به فی أولها یصدق علیه انه ربح کذا مقدارا.

و علیه ففیما نحن فیه العبره فی صدق الربح عرفا انما هو بصدق الربح لدی العقلاء و حیث انک قد عرفت صدقه عند ظهوره فی الأموال التجاریه حقیقه و بالاعتبار العقلائی، یکون العامل مالکا لحصته.

و لو لا ذلک لما کان له مطالبه المالک بالقسمه و کان للمالک ان یفسخ العقد من دون أن یعطیه شیئا.

(۱) رواه

الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير

انه ليس موجود كما ترى (۱) و كون القيمه أمرا وهميا ممنوع. مع أنا نقول: إنه يصير شريكا فى العين الموجوده بالنسبه، و لذا يصح له مطالبه القسمه، مع أن المملوك لا- يلزم ان يكون موجودا خارجيا. فان الدين مملوك مع أنه ليس فى الخارج و من الغريب (۲) إصرار صاحب الجواهر على الإشكال فى ملكيته. بدعوى: أنه حقيقه ما زاد على عين الأصل، و قيمه الشى ء أمر وهمى لا- وجود له لا- ذمه و لا- خارجا، فلا- يصدق عليه الربح نعم لا- بأس ان يقال: انه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض فيملك. و أغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه فى خبر عتق الأب ذلك أيضا، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فى العتق المبنى على السرايه» إذ لا يخفى ما فيه (۳)

عن محمد بن ميسر (قيس) قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع) «۱».

(۱) ظهر وجهه و وجه ما يليه مما تقدم منا بيانه.

(۲) استغرابه (قده) فى محله بعد ما عرفت صدق الربح عند العقلاء حقيقه.

(۳) لوضوح دلاله الصحيحه، بعد توقف العتق و بحسب الارتكاز العرفى على الملك، فلو لم يكن العامل مالكا لجزء من أبيه بالشراء فلا وجه لانعتاق مال الغير على العامل، على ان قوله (ع):

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۸ من أبواب المضاربه ح ۱.

مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكا للمالك حتى مقدار الربح مع انه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصه العامل من الربح للمالك فلا ينبغى التأمل فى أن الأقوى

ما هو المشهور. نعم أن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكيه العامل (١) لا ان يكون كاشفا عن عدم ملكيته من الأول. و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكيه من جواز المطالبه بالقسمه و ان كانت موقوفه على رضى المالك، و من صحه تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و من الإرث، و تعلق الخمس و الزكاه و حصول الاستطاعه للحج، و تعلق حق الغرماء به، و وجوب صرفه فى الدين مع المطالبه الى غير ذلك.

[(مسأله ٣٥): الربح وقايه لرأس المال]

(مسأله ٣٥): الربح وقايه لرأس المال، فملكيه العامل له بالظهور متزلزله فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى ان تستقر ملكيته (٢) و الاستقرار يحصل

و استسعى فى مال الرجل» دليل على ان العتق انما بدأ من حصه العامل و ملكه، حيث يعلم من هذا التعبير ان مال الرجل غير المقدار الذى انعتق. و لو كان الجميع للمالك لوجب الاستدعاء فى جميع قيمته لا فى خصوص مال الرجل.

(١) على ما سيأتى بيانه فى المسأله القادمه.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، بل و عليه التسالم، مضافا إلى كونه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٧

بعد الإنضاض و الفسخ و القسمه (١) فبعدها إذا تلف شى ء لا يحسب من الربح (٢) بل تلف كل على صاحبه،

مقتضى عقد المضاربه من أول الأمر. فإن إرجاع رأس المال بتمامه عند عدم الخسران أمر مفروغ عنه فى أصل عقد المضاربه.

و معنى هذا أخذ المالك لرأس ماله بعد الانتهاء من التجاره، على ان يكون الزائد- على تقدير وجوده- مشتركا بينه و بين العامل و من هنا فإذا خسرت التجاره أولا ثم ربحت لم يكن للعامل المطالبه بحصه

من الربح إذا لم يكن زائدا عما خسرته أولا، و على هذا الارتكاز العرفى.

و بعباره اخرى: ان المجعول فى عقد المضاربه للعامل ليس هى الحصه من الربح فى كل معامله بعينها. و انما هى الحصه من الربح من حيث مجموع التجارات، و عليه فما دامت التجاره باقيه و مستمره يكون الخسران بأجمعه واردا على الربح السابق عليه، و منجبرا بالذى يحصل بعده. نظرا لعدم صدق ربح مجموع التجاره من حيث انه مجموع على الزائد قبل ذلك- كما هو واضح.

و من هنا فلا حاجه فى الحكم الى الدليل الخاص. إذ يكفى فيه كونه مقتضى عقد المضاربه بحد ذاته.

(١) بلا خلاف فيه، بل يظهر من بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه، و يقتضيه إنهاء العقد و تسلط كل على ما يختص به.

(٢) لانتهاء العقد، و وقوع التلف على أمر غير متعلق للعقد بالفعل، فيختص الخسران بمالكه،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٠٨

و لا يكفى فى الاستقرار قسمه الربح فقط مع عدم الفسخ (١) بل و لا قسمه الكل كذلك (٢) و لا بالفسخ مع عدم القسمه (٣) فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركا و التلف و الخسران عليهما، و يتم رأس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الإنضاض و لو بالنسبه إلى البعض و حصلت القسمه فهل تستقر الملكيه أم لا؟ إن قلنا بوجوب الإنضاض على

---

(١) لعدم ارتفاع عقد المضاربه فيبقى حكمه- اعنى جبر الخساره بالربح- سواء تحققت قسمه الربح أم لم تتحقق.

(٢) بان يرجع الأصل إلى المالك و يكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه. الا ان الالتزام بذلك مشكل جدا، حيث ان الفسخ لا يتوقف على

اللفظ، بل يحقق بالفعل أيضا، و من أظهر مصاديقه إعطاء العامل للمالك رأس ماله مع حصته من الربح، و أخذه هو حصته منه أيضا، فإنه فسخ فعلى و إنهاء لعقد المضاربه و معه فلا وجه لجبران الخساره بالربح السابق.

(۳) لعدم وصول رأس المال معه الى مالكه، فيكون الخسران محسوبا من الربح لا محاله.

و بعباره اخرى: ان العبره انما هى بوصول ما أعطاه المالك- رأس المال- اليه فما لم يتحقق ذلك يكون الخسران منجبرا بالربح خاصه و لا وجه لجعله فى مال المالك أو المجموع منه و من الربح.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۰۹

العامل فالظاهر عدم الاستقرار (۱)، و ان قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار (۲). و الحاصل:

ان اللازم أولا- دفع مقدار رأس المال للمالك، ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما، فكل خساره و تلف قبل تمام المضاربه يجبر بالربح، و تماميتها بما ذكرنا من الفسخ و القسمه.

[(مسأله ۳۶): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته]

(مسأله ۳۶): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضى الآخر فلا- مانع منها و ان لم يرض المالك لم يجبر عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك و الحاجه الى جبره به (۳).

---

(۱) لعدم انتهاء العقد. نظرا لبقاء المتمم له.

الا ان هذا القول لا وجه له، إذ القول بوجوب الإنضاض على العامل بعد رضى المالك بقسمه العروض و من ثم إلغاء حقه فى المطالبه بالإنضاض- كما هو مفروض المسأله- بعيد جدا و لا موجب له نظرا لعدم كونه من الواجبات التعبديه.

(۲) لانتهاء عقد المضاربه بالقسمه، و عدم كون الإنضاض متمما له، فان معه لا يبقى وجه للقول بعدم الاستقرار.

(۳) الظاهر انه (قده) لا يريد بهذا التعليل دعوى

کونها ضرریه علیه، کی یورد علیه بأنه لا ضرر علیه فی القسمه لإمکان أخذ الکفیل و نحوه علی المال مما یطمئن معه بعدم الضرر و انما یرید به ما ذکره (قده) فی المسأله السابقه من کون الربح وقایه لرأس المال. فإنه و ان کان

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۱۰

قیل: و ان لم یرض العامل فکذلک أیضا، لأنه لو حصل الخسران وجب علیه رد ما أخذه، و لعله لا یقدر علیه لفواته فی یده، و هو ضرر علیه و فیه: أن هذا لا یعد ضررا (۱)، فالأقوی انه یجبر إذا طلب المالک. و کیف کان: إذا اقتسماه ثم حصل الخسران، فان حصل بعده ربح یجبره فهو، و الا رد العامل أقل الأمرین من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح لأن الأقل ان کان هو الخسران فلیس علیه الاجیره. و الزائد له، و ان کان هو الربح

یملک بمجرد ظهوره الا ان ذلک لا یعنی ان للعامل أخذ حصته من الربح فی کل معامله شخصیه، فإنه غیر جائز لما عرفت من ان العبره فی الربح انما هی بالنتیجه.

و بعباره اخری: ان الملکیه و ان کانت حاصله من الأول و من حین حصول الربح. الا انها متزلزله، نظرا لکونه- و بمقتضی العقد- وقایه لرأس المال، و معه فکیف یکون للعامل المطالبه به و أخذه و إتلافه و ان کنا علی ثقه بعدم تضرر المالک؟ فان الربح و بحکم الاشتراط متعلق لحق المالک فلا یجوز التصرف فیه بغیر إذنه.

إذن: فلا بد للعامل حینئذ من کسب رضی المالک أو انتظار انتهاء الأمد أو انفساخ المضاربه.

(۱) لإمکان تحفظه علی المال و عدم التصرف فیه حتی یتبین الأمر و علی

تقدير تعديه بالتصرف فيه فدفع بدله لا يعد ضررا.

على اننا لو سلمنا كونه ضررا فى بعض الأحوال فهو لا يوجب سقوط سلطنه المالك عن ماله، لانه ضرر عليه أيضا.

فليس عليه الا مقدار ما أخذ (۱) و يظهر من الشهيد ان قسمه الربح موجبه لاستقراره و عدم جبره للخساره الحاصله بعدها، لكن قسمه مقداره ليست قسمه له من حيث انه مشاع فى جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذا له فقط حيث قال على ما نقل عنه: «ان المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا ـ من الربح، فلو كان رأس المال مائه و الربح عشرين فاقتسما العشرين، فالعشرون التى هى الربح مشاعه فى الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبه السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسه أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان، يبقى معه ثمانيه و ثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقى رد أقل الأمرين مما خسر و من ثمانيه و ثلث».

و فيه: مضافا الى انه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق ان لم يلحقه ربح و أن عليه غرامه ما أخذه منه، انظار أخر.

منها: ان المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده

---

(۱) على ما يقتضيه عقد المضاربه كما ظهر مما تقدم.

لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك.

و منها: انه ليس مأذونا فى أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمه المفروضه.

و منها: ان المفروض انهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان انه ربح

لا بعنوان كونه منه و من رأس المال.

و دعوى: انه لا- يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض إشاعته فى تمام المال مدفوعه: بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك و العامل، فمقدار رأس المال مع حصه من الربح للمالك و مقدار حصه الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما فى هذا المال، فقسمه الربح فى الحقيقه قسمه لجميع المال، و لا مانع منها.

[(مسأله ۳۷): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح]

(مسأله ۳۷): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلوميه المقدار و غيره و إذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع (۱)، بل يكون بمنزله التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من قيمه ما باعه و مقدار الخسران.

---

(۱) أما إذا كان البيع بأذن المالك فلا- ينبغى الشك فى صحته لكونه بمنزله التقسيم و عدم ما يقتضى منعه منه فان الناس مسلطون على أموالهم و للمالك التصرف فيما يملكه كيف ما يشاء. فان ظهرت هناك

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۱۳

....

خساره بعد ذلك فلا بد من تداركها بالبدل لا محاله لتلف العين المملوكه بالملك المتزلزل.

و أما إذا كان البيع بغير إذن المالك فقد يقال ببطلانه نظرا لكون الربح متعلقا لحق المالك، و من هنا فالخساره إما ان تكشف عن عدم ملكيه العامل للحصه المبيعه من أول الأمر. و إما ان تكشف من تعلق حق المالك بها، فلا يصح التصرف فيها بغير إذنه.

لكن الظاهر ان هذه المسأله لا تقاس بمسأله عدم إلزام المالك بالقسمه عند طلب العامل ذلك.

و الوجه فيه: ان مطالبه العامل بالقسمه مطالبه لتمييز حقه ليستقل به و هو أمر على خلاف أساس المضاربه

حيث انها عقد قائم على أساس كون الربح وقايه لرأس المال و تدارکا للخساره المحتمله. و هذا بخلاف تصرف العامل فيما يستقل به و يملكه. فإنه و ان كان على خلاف ما شرط عليه، الا انه لا يوجب بطلان التصرف الصادر منه و انما غايته ثبوت الخيار للمالك فى فسخ عقد المضاربه نظرا لتخلف الشرط، فان فسخ فهو، و الا الزم العامل بتدارک الخساره من ماله بدلا عما أتلفه من الربح بالبيع بدفع أقل الأمرين من قيمه ما باعه و مقدار الخسران، و أما احتمال بطلان بيع العامل فلا موجب له بعد ما كان البيع واقعا على ما يملكه بالفعل، و كذا الحال فى احتمال كشف الخساره اللاحقه عن عدم ملكيه العامل للمبيع من بادئ الأمر فإنه موهون و لا وجه له إذ الملک يحصل بمجرد ظهور الربح و يستقل به العامل من غير ان يكون هناک اى حق للمالک فيه و من هنا فتصرفه فيه لا يكون إلا مخالفه للشرط و هى لا تقتضى إلا الحكم التكليفى بالحرمه، و ثبوت الخيار للمالک.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۱۴

[(مسأله ۳۸): لا إشكال فی أن الخساره الوارده علی مال المضاربه تجبر بالربح]

(مسأله ۳۸): لا إشكال فی أن الخساره الوارده علی مال المضاربه تجبر بالربح (۱)، سواء كان سابقا عليها أو لاحقا، ما دامت المضاربه باقيه و لم يتم عملها. نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخساره اللاحقه بالربح السابق إذا اقتسماه و ان مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته، و اما التلف فإما أن يكون بعد الدوران فی التجاره أو بعد الشروع فيها، أو قبله، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل، و أيضا إما إن يكون بآفه من اللّه سماويه أو أرضيه،

أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبى على وجه الضمان. فان كان بعد الدوران فى التجاره فالظاهر جبره بالربح (۲) و لو كان لاحقا مطلقا سواء كان التالف البعض أو الكل (۳)، كان التلف بآفه أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبى و دعوى: أن مع الضمان كأنه

---

(۱) على ما يقتضيه عقد المضاربه بنفسه.

(۲) لاقتضاء أصل المضاربه ذلك، حيث انها مبنيه على بقاء رأس المال و عوده إلى المالك و عدم تضرره فيه.

(۳) حيث يقوم الباقى مقام رأس المال ان كان مساويا له فيختص به المالك لما تقدم و كذا الحال إذا كان أنقص منه، حيث يأخذه المالك و لا شى ء للعامل.

لم يتلف، لأنه فى ذمه الضامن كما ترى (۱). نعم لو أخذ العوض يكون من جمله المال (۲) بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع فى التجاره و ان كان التالف الكل (۳) كما إذا اشترى فى الذمه و تلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك، أو باع العامل المبيع و ربح فأدى. كما أن الأقوى فى تلف البعض الجبر و ان كان قبل الشروع أيضا (۴) كما إذا سرق فى أثناء السفر قبل أن يشرع فى التجاره أو فى البلد أيضا قبل أن يسافر، و أما تلف الكل قبل الشروع فى التجاره فالظاهر انه موجب لانفساخ العقد، إذ لا يبقى معه مال للتجاره حتى يجبر أو لا يجبر، نعم إذا أتلفه أجنبى و أدى عوضه تكون المضاربه باقيه، و كذا إذا أتلفه العامل.

---

(۱) إذ العبره انما هى بأخذ المالك و تسلطه على ما أعطاه للعامل من رأس المال و هو غير متحقق فى المقام، و مجرد

وجوده فی ذمه ضامن لا یوجب عدم صدق التلف علیه، فان التلف صادق وجدانا و ان کانت الملکیه محفوظه.

(۲) فیکون مشترکا بینهما علی ما اتفقا علیه.

(۳) لما تقدم من اقتضاء العقد له.

(۴) لما عرفت من کون أساس المضاربه علی عدم ورود النقص علی مال المضاربه و أخذ المالک لتمام رأس المال. و کون الاشتراک فی الزائد خاصه،

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۱۶

[(مسأله ۳۹): العامل أمین فلا یضمن إلا بالخیانه]

(مسأله ۳۹): العامل أمین (۱) فلا یضمن إلا بالخیانه (۲) کما لو أکل بعض مال المضاربه أو اشتری شیئا لنفسه فأدی الثمن من ذلک، أو وطأ الجاریه المشتراه أو نحو ذلک- أو التفریط بترک الحفظ أو التعدی، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه کما لو سافر مع نهیه عنه أو عدم اذنه فی السفر أو اشتری ما نهی عن شرائه، أو ترک شراء ما أمره به، فإنه یصیر بذلک ضامنا للمال لو تلف و لو بآفه سماویه و ان بقیت المضاربه، کما مر. و الظاهر ضمانه للخساره الحاصله بعد ذلک أیضا (۳) و إذا رجع عن تعدیه أو خیانته

---

(۱) بلا خلاف فیه و لا اشکال بل و علیه الإجماع.

(۲) علی ما یستفاد من جمله من النصوص الوارده فی الضمان بل و النصوص الوارده فی خصوص المضاربه حیث علقت الضمان علی المخالفه و التعدی فیکون مفهومها عدم ضمان العامل عند تلف مال المضاربه من غیر تعد أو تفریط.

نعم عند التلف بالتعدی أو التفریط یکون ضامنا له بلا خلاف لقاعده الید حیث خرج منها عنوان الأمین و ید العامل هذا لیست منه، مضافا إلی النصوص الکثیره الداله علی ضمان العامل عند مخالفته لما اشترط علیه. و قد تقدمت فی المسأله الخامسه فراجع.

(۳)

لإطلاق النصوص حيث ان مقتضاه كون الوضعيه على العامل حينئذ ما لم يصل مال المالك بتمامه اليه، بلا فرق فى ذلك بين كونها حال المعامله أو بعدها.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۱۷

فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان: مقتضى الاستصحاب بقاءه، كما ذكروا فى باب الوديعه انه لو أخرجها الودعى عن الحرز بقى الضمان و إن ردها بعد ذلك اليه. و لكن لا يخلو عن إشكال، لأن المفروض بقاء الأذن و ارتفاع سبب الضمان (۱) و لو اقتضت المصلحه بيع الجنس فى زمان و لم يبع ضمن الوضيعه إن حصلت بعد ذلك (۲) و هل يضمن بنيه الخيانه مع عدم فعلها وجهان (۳) من عدم كون مجرد النيه خيانه، و من صيروره يده حال النيه بمنزله

---

(۱) و بذلك ينتفى موضوع الاستصحاب أعنى التعدى أو التفريط و معه فلا مقتضى للحكم بالضمان، هذا مضافا إلى عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه- على ما بيناه فى محله.

و منه يظهر الحال فيما ذكروه فى باب إخراج الودعى للوديعه من الحرز.

(۲) و تقتضيه الأخبار الوارده فى مخالفه العامل لما شرط عليه، فان إبقاء المال عنده- على خلاف المصلحه- على خلاف ما شرط عليه و مبنى عقد المضاربه من كون المال متخذا للاسترباح.

(۳) أقربهما عدم الضمان، نظرا لكون المستفاد من النصوص الوارده فى المقام دوران الضمان مدار المخالفه الفعليه و الخيانه الخارجيه فيكون مقتضى مفهومها عدمه عند عدمها.

و دعوى: ان النيه توجب انقلاب اليد من الأمانه إلى الغصب، أول الكلام و عهدتها على مدعيها، فإن النيه المحضه لا اثر لها.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۱۸

يد الغاصب، و يمكن الفرق بين العزم عليها فعلا و بين العزم على أن يخون

بعد ذلک (۱).

[(مسأله ۴۰): لا یجوز للمالک أن یشتری من العامل شیئا من مال المضاربه]

(مسأله ۴۰): لا- یجوز للمالک أن یشتری من العامل شیئا من مال المضاربه لأنه ماله (۲). نعم إذا ظهر الربح یجوز له أن یشتری حصه العامل منه مع معلومیه قدرها (۳) و لا یبطل بیعه بحصول الخساره بعد ذلک، فإنه بمنزله التلف (۴) و یجب علی العامل رد قیمتها لجبر الخساره (۵) کما لو باعها من غیر المالک. و أما العامل فیجوز أن یشتری من المالک قبل ظهور الربح (۶)، بل و بعده، لکن یبطل

---

(۱) بالالتزام بالضمان فی الأول باعتبار کون یده فی ذلک الحین یدا غصبیه، و عدمه فی الثانی لبقاء یده حین النیه علی وصف الأمانیه.

لکن ضعفه یظهر مما تقدم.

(۲) و معه فلا تتحقق المعاوضه و لا یصدق کونه مبادله مال بمال کما هو واضح.

(۳) لما عرفت فیما سبق من ملکیه العامل لحصته من الربح بمجرد ظهوره.

(۴) علی ما تقدم بیانه فی المسأله السابعه و الثلاثین مفصلا فراجع.

(۵) لان مجرد الأذن فی البیع و جواز الإتلاف لا یقتضی عدم ضمانه و وجوب تدارکه عند ظهور الخساره.

(۶) لعدم اتحاد مالک العوض و المعوض، فتصدق المعاوضه حقیقه، حیث ینتقل المال المشتری من المالک إلی العامل فی حین ینتقل

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۱۹

الشراء بمقدار حصته من المبیع، لانه ماله. نعم لو اشتری منه قبل ظهور الربح بأزید من قیمته بحیث یکون الربح حاصلا بهذا الشراء یمکن الاشکال فیه، حیث ان بعض الثمن حینئذ یرجع الیه من جهه کونه ربحا فیلزم من نقله إلی البائع عدم نقله من حیث عوده إلی نفسه.

و یمکن دفعه: بان کونه ربحا متأخر عن صیرورته للبائع، فیصیر أولا للبائع الذی هو المالک من جهه کونه ثمنا،

و بعد أن تمت المعامله و صار ملكا للبائع و صدق كونه ربحا يرجع إلى المشترى الذى هو العامل على حسب قرار المضاربه، فملكيه البائع متقدمه طبعا. و هذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربه الذى هو مال المالك من أجنبى بأزيد من قيمته، فان المبيع ينتقل من المالك و الثمن يكون مشتركا بينه و بين العامل، و لا بأس به فإنه من الأول يصير ملكا للمالك ثم يصير بمقدار حصه العامل منه له بمقتضى قرار المضاربه. لكن هذا على ما هو المشهور (١)

الثمن من العامل الى المالك.

(١) بل هو المتعين، لما ذكرناه فى مباحث المكاسب من أن حقيقه البيع مبادله بين المالين و تبديل للمال و إلغاء للخصوصيه فى العوضين، فمن يشترى الكتاب- مثلا- بدينار أو يبيعه به يبدل ماله بشى ء آخر يقوم مقامه فى الماليه و ان لم يكن مشتملا على ما اشتمل

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٢٠

من أن مقتضى المعاوضه دخول المعوض فى ملك من خرج عنه العوض و أنه لا يعقل غيره. و أما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوض لشخص و العوض داخل فى ملك غيره، و أنه لا- ينافى حقيقه المعاوضه، فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح فى ملك العامل بمقتضى قرار المضاربه، فلا يكون هذه الصوره مثالا للمقام و نظيرا له.

[(مسأله ۴۱): يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك فى مال المضاربه]

(مسأله ۴۱): يجوز للعامل الأخذ بالشفعه من المالك فى مال المضاربه (١).

عليه ماله من الخصوصيات.

و على هذا، فحقيقه البيع متقومه بالأخذ و العطاء فى قباله بحسب المرتكز العرفى، و حيث ان هذا المعنى غير متحقق فى المقام فقد يشكل الحكم بصحته.

الا انه مندفع بما فى المتن من ان حصه

العامـل من الربـح فى المضـاربه لاـ تـدخل فى ملكه ابتـداء بل تـدخل فى ملك البائع- المالك- آنا ما ثم تنتقل و بموجب عقد المضاربه اليه.

و هذا مما لا محيص عن الالتزام به، إذ به يتحقق الجمع بين مقتضـى العقدين، البيع المقتضى لدخول العوض فى ملك من خرج منه العوض و المضاربه المقتضيه لملكيه العامل للحصه المعينه من الربح.

(۱) لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فان المالك لما أصبح شريكا للعامل فى المال بشراءه حصه شريكه، شملته أدله الشفعه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۲۱

و لا يجوز العكس (۱). مثلاـ إذا كانت دار مشتركه بين العامل و الأجنبى، فاشترى العامل حصه الأجنبى بمال المضاربه، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربـح أن يأخـذها بالشـفعه (۲) لأن الشـراء قبل حصول الربـح يكون للمالك فللعامل أن يأخـذ تلك الحصـه بالشـفعه منه و أما إذا كانت الدار مشتركه بين المالك و الأجنبى فاشترى العامل حصه الأجنبى ليس للمالك الأخذ بالشفعه، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعه ما هو له.

من غير معارض، فإنه شريك و له الأخذ بالشفعه فى حصه شريكه المبيعه لغيره.

(۱) لانتفـاء موضوعهـا فيه، فان المال و بشـراء العامل حصه شـريك المالك له يصـبح و بتمامه مملوكا للمالك، و معه فلا مجال لأخذه بالشفعه، لأنها انما تثبت لأحد الشريكين فى الحصه المبيعه لشريكه الآخر من غيره و هو منتف فى المقام.

(۲) مقتضـى مفهوم هذه القضـيه، عدم ثبوت الشـفعه للعامل إذا كان بعد ظهور الربح، و لم يظهر لنا وجه ذلك، فإن أدله الشفعه شامله للمقام من غير معارض حيث ان الحصه المبيعه حصه شريك العامل فله ان يأخذ بالشفعه حتى بعد ظهور الربح.

نعم انه يملك بعض

تلک الحصه من جهه ظهور الربح بمقتضی عقد المضاربه لکنه لا یمنع من الأخذ بالشفعه فی غیره و لعله (قده) نظر إلی عدم جواز أخذ الجمیع بالشفعه و الا فلا وجه لما ذکره.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۲۲

[(مسأله ۴۲): لا إشکال فی عدم جواز وطء العامل للجاریه التی اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالک]

(مسأله ۴۲): لا إشکال فی عدم جواز وطء العامل للجاریه التی اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالک، سواء کان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغیر أو مشترکه بینه و بین الغیر الذی هو المالک فان فعل کان زانیا یحد- مع عدم الشبهه- کاملا إن کان قبل حصول الربح (۱) و بقدر نصیب المالک ان کان بعده (۲). کما لا- إشکال فی جواز وطئها إذا أذن له المالک بعد الشراء و کان قبل حصول الربح (۳) بل یجوز بعده علی الأقوی (۴).

---

(۱) لتمحض الجاریه فی الرقیه لمولاها و انفراده فی ملکها.

(۲) لاشتراکهما فی ملکیتها.

(۳) حیث تکون محلله من قبل المالک.

(۴) تقدم الکلام فی هذا الفرع فی المسأله الحادیه و العشرین من فصل نکاح العبید و الإماء، و قد عرفت ان مقتضی القاعده فی المقام و ان کان هو المنع و الحرمه باعتبار أن الملفقه من التحلیل و الملک لا یشملها شی ء من أسباب الحل المذکوره فی الآیه الکریمه و النصوص الا- انه لا- محیص عن رفع الید عنها و الالتزام بالجواز و ذلک لصحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن جاریه بین رجلین دبراها جمیعا ثم أحل أحدهما فرجها لشریکه، قال: هو حلال، و أیهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذی مات و نصفها مدبرا.، الحدیث» «۱».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۴ باب ۴۱ من أبواب نکاح العبید و

الإماء ح ١.

مبانی العروه الوثقی، ج ١، ص: ١٢٣

من جواز تحلیل أحد الشریکین صاحبه و وطء الجاریه المشترکه بینهما. و هل یجوز له وطئها بالأذن السابق فی حال إیقاع عقد المضاربه، أو بعده قبل الشراء، أم لا؟

المشهور علی عدم الجواز، لان التحلیل إما تملیک أو عقد و کلاهما لا یصلحان قبل الشراء (١) و الأقوی- کما عن الشیخ فی النهایه- الجواز، لمنع کونه أحد الأمرین، بل هو إباحه (٢)، و لا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا

فإنها صریحه فی جواز وطء الجاریه المشترکه بإذن الشریک. و هذه الصحیحه و ان لم تکن وارده فی المضاربه، إلا ان الحکم ثابت فیما نحن فیه أیضا للقطع بعدم وجود خصوصیه للتدبیر، فان الحکم ثابت للأمه المشترکه بما هی مشترکه.

(١) لعدم ملکیته لها، و من هنا فلا اثر لتملیکه وطئها لغیره أو العقد علیها له.

(٢) و فیه ان الوطء و ان کان من منافع الأمه، فیمکن تملیکه للغیر بإباحتها له و یدخل ذلک فی قوله تعالی «أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ» الا انه لا دلیل علی جوازه، علی ان الظاهر من الآیه الکریمه کون المجوز للوطء هو ملکیه عن الأمه فلا تشمل ملکیه منفعتها.

و بعباره اخری. انه لو کنا نحن و الآیه الکریمه لقلنا بعدم جواز وطء الأمه المحلله حیث انها ظاهره فی حصر سبب الحل فی الزوجیه و ملک الیمین، و التحلیل خارج عنهما.

غیر اننا التزمنا بجوازه به للنصوص الخاصه الداله علیه، فإنها

مبانی العروه الوثقی، ج ١، ص: ١٢۴

لم یرجع عن اذنه بعد ذلک کما إذا قال: اشتر بمالی طعاما ثم کل منه (١) هذا مضافا إلی خبر الکاهلی (٢) عن أبی الحسن (ع): «قلت: رجل

تکون مخصصه لعموم

الآیه الکریمه.

لکن هذا لا- یعنی الموافقه علی ما افاده الماتن (قده) فی مقام التعلیل، فان هذه النصوص و ان کانت داله علی حلیه الجاریه بالتحلیل الا انها ظاهره فی حلیتها بالتحلیل الصادر من المالک بالفعل، فلا تشمل المقام حیث لا یکون الآذن مالکا لها حین إذنه و انما سیملکها بعد ذلک.

(۱) قیاسه (قده) للمقام علی ما ذکره من المثال، قیاس مع الفارق، فان جواز الأکل فی المثال علی القاعده حیث لا یعتبر فی أکل مال الغیر و التصرف فیه الا تحصیل رضاه و طیب نفسه و لو باطنا فیجوز التصرف فیه حتی مع عدم الإذن الإنشائی بالمره فضلا عن وجوده فی مرحله سابقه علی ملکیته له.

و این هذا من المقام اعنی باب التحلیل- حیث یعتبر فیه الإنشاء و لا یکفی مجرد إحراز رضا المالک.

و الحاصل: ان المؤثر فی حلیه الجاریه انما هو إنشاء المالک لحلیتها له، و من هنا فلا أثر لإنشاء غیره و ان کان سیملکها فیما بعد لعدم الدلیل علیه-

(۲) رواه الشیخ (قده) بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن محمد بن زیاد عن عبد اللّه بن یحیی الکاهلی عن أبی الحسن (ع) «۱».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۱ من أبواب المضاربه ح ۱.

سألنی أن أسألک أن رجلا أعطاه مالا مضاربه یشتری ما یری من شی ء، و قال له: اشتر جاریه تکون معک، و الجاریه انما هی لصاحب المال، ان کان فیها وضعیه فعلیه و ان کان ربح فله، فللمضارب أن یطأها؟ قال: (ع) نعم». و لا یضر ظهورها فی کون الشراء من غیر مال المضاربه من حیث جعل ربحها للمالک، لان الظاهر عدم الفرق بین

المضاربه و غيرها فى تأثير الإذن السابق و عدمه.

و هذه الروايه هى العمده فى الاستدلال، فإنها إن تمت أمكن الالتزام بالجواز فى المقام، و الا فمقتضى القاعده هو المنع، و ما ذكره الماتن (قده) أولا لا يصلح دليلا.

و كيف كان: قد أورد على هذه الروايه تاره بضعف السند و اخرى بضعف الدلاله.

أما الأول: فلأن المذكورين فى السند و ان كانوا بأجمعهم ثقات، الا ان طريق الشيخ (قده) إلى الحسن بن محمد بن سماعه، على ما فى الفهرست ضعيف بأبى طالب الأنبارى و على بن محمد بن الزبير.

و فيه: ان الأمر و ان كان كذلك فان طريق الشيخ (قده) فى الفهرست إلى الحسن بن محمد بن سماعه ضعيف، خلافا لما ادعاه الأردبيلى (قده) من صحته، الا ان ذلك لا يمنع من القول بصحه الروايه بعد وجود طريق آخر صحيح للشيخ (قده) إلى الحسن بن محمد بن سماعه و هو ما ذكره (قده) فى المشيخه.

و الحاصل: ان صحه طريقه (قده) فى المشيخه إلى الحسن بن

....

محمد بن سماعه، تكفى فى الحكم بصحه هذه الروايه، و ان كان طريقه (قده) فى الفهرست اليه ضعيفا.

إذن: فالروايه صحيحه من حيث السند.

و أما الثانى: فقد أورد على دلالتها بايرادين:- الأول: ما ذكره (قده) فى المتن من كونها أجنبيه عن محل الكلام نظرا لتضمنها الحكم بكون الربح بأجمعه للمالك.

و فيه: ما أفاده (قده) من عدم وجود فرق بين المضاربه و غيرها من هذه الناحيه فإذا كان التحليل قبل الملكيه مجوزا لوطء الجاريه فى غير مال المضاربه لكان مجوزا له فى مال المضاربه أيضا.

الثانى: ما ذكره غير واحد من كونها مضطربه من حيث المفهوم و الدلاله، و

متروکه أو مهجوره من قبل الأصحاب، و ذلک لظهورها فی کون الجاریه ودیعه عنده حیث لم یرد فیها ما دل علی تحلیله إیاها له. و هذا المعنی مما یقطع ببطلانه و لم یلتزم احد بجوازه و من هنا فلا بد من رد علمها إلی أهلها.

و فیه: منع عدم دلالتها علی التحلیل. فان کلمه: «تکون معک» ظاهره فیه فإنها بمعنی المصاحبه و هی فی المقام کنایه واضحه عن جواز وطئها باتخاذها زوجه أو أمه محلله له، علی ما یشهد استعمالها فی القرآن الکریم فیه قال تعالی «یَوَدُّ الْمُجْرِمُ لَوْ یَفْتَدِی مِنْ عَذٰابِ یَوْمِئِذٍ بِبَنِیهِ وَ صٰاحِبَتِهِ وَ أَخِیهِ» «۱» و قال تعالی «یَوْمَ یَفِرُّ الْمَرْءُ مِنْ أَخِیهِ وَ أُمِّهِ وَ أَبِیهِ وَ صٰاحِبَتِهِ وَ بَنِیهِ» «۲».

و الحاصل: ان الروایه وارده فی المقام اعنی تحلیل الرجل الأمه

---

(۱) سوره المعارج الآیه ۱۳.

(۲) سوره عبس الآیه ۳۴- ۳۶.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۲۷

و أما وطء المالک لتلک الجاریه فلا بأس به قبل حصول الربح (۱)، بل مع الشک فیه، لأصاله عدمه. و أما بعده فیتوقف علی إذن العامل، فیجوز معه علی الأقوی من جواز إذن احد الشریکین صاحبه.

[(مسأله ۴۳): لو کان المالک فی المضاربه امرأه فاشتری العامل زوجها]

(مسأله ۴۳): لو کان المالک فی المضاربه امرأه فاشتری العامل زوجها، فان کان باذنها فلا إشکال فی صحته (۲)، و بطلان نکاحها (۳) و لا ضمان علیه (۴) و إن استلزم ذلک الضرر علیها بسقوط المهر و نفقتها (۵).

لغیره قبل أن یملکها. و أما دعوی اعراض المشهور عنها، فقد عرفت منا غیر مره انه لا یوجب رفع الید عن الروایه و طرحها بعد تمامیه سندها.

إذن: فما ذهب الیه الماتن (قده) من الجواز هو الصحیح حیث لا موجب لرفع الید

عن صحيحه الكاهلى، و ان كان ما استند اليه (قده) أولا قابلا للمناقشه.

(۱) لاستقلاله حينئذ فى ملكيتها.

(۲) بلا خلاف فيها، كما لو باشرت هى ذلك بنفسها.

(۳) و يدل عليه مضافا إلى النصوص العديده الإجماع و تسالم الأصحاب عليه. و قد تقدم بيان ذلك مفصلا فى المسأله السابعه من فصل نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح فراجع.

(۴) لصدور الفعل عن اذنها.

(۵) أما الأخير فلارتفاع موضوعها- اعنى الزوجيه.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۲۸

و الا ففى المسأله أقوال: البطلان مطلقا، للاستلزام المذكور فيكون خلاف مصلحتها. و الصحه كذلك، لانه من اعمال المضاربه المأذون فيها فى ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها. و الصحه إذا أجازت بعد ذلك. و هذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الأذن السابق و الإجازه اللاحقه (۱) فلا وجه للقول الأول. مع أن قائله غير معلوم. و لعله من يقول بعدم صحه الفضولى إلا فيما ورد دليل خاص.

مع أن الاستلزام المذكور ممنوع، لأنها لا تستحق النفقه إلا تدريجا، فليست هى مالا لها فوته عليها، و الا لزم غرامتها على من قتل الزوج. و أما المهر فان كان ذلك

و أما الأول: فإن كان ذلك بعد دخوله بها فلا إشكال فى عدم سقوطه، و استقراره به. و ان كان قبله ففيه أقوال: السقوط مطلقا، و عدمه كذلك، و التنصيف إلحاقا له بالطلاق.

و قد عرفت فى المسأله السابعه من فصل نكاح العبيد و الإماء.

ان القاعده تقتضى الثانى، إذ السقوط ينحصر بالفسخ الكاشف عن عدم ثبوت العقد من حينه، فإلحاق غيره من موجبات البطلان كالرضاع و نحوه به، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود. كما لا وجه لقياسه على الطلاق حيث ثبت فيه التنصيف بالدليل

التعبدی الخاص.

(۱) بناء علی ما هو الصحيح من كون صحه العقد بالإجازه اللاحقه علی القاعده و أما لو قلنا بان صحته علی خلاف القاعده، فلا بد من الاقتصار فی الحكم بصحه العقد الفضولی علی القدر المتيقن منه،

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۲۹

بعد الدخول فلا سقوط، و ان كان قبله فيمكن أن يدعی عدم سقوطه أيضا بمطلق المبطل، و انما يسقط بالطلاق فقط (۱) مع أن المهر كان لسيدها (۲) لا لها. و كذا لا وجه للقول الثانی بعد ان كان الشراء المذكور علی خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور (۳) بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخر، و الأذن الذی تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا. و مما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشتری العامل زوجه المالک، فإنه صحيح مع الأذن السابق أو الإجازه اللاحقه، و لا يكفيه الإذن الضمنی فی العقد للانصراف.

[(مسأله ۴۴): إذا اشتری العامل من ينعتق علی المالک]

(مسأله ۴۴): إذا اشتری العامل من ينعتق علی المالک فإما أن يكون بإذنه، أولا. فعلی الأول و لم يكن فيه ربح

حيث ليس فی المقام دليل خاص يقتضی صحته.

(۱) ما أفاده (قده) من سهو القلم جزما إذ لا قائل بسقوط المهر بالطلاق، و انما به ينتصف المهر. و حق العباره أن يبدل كلمه «الطلاق» ب «الفسخ».

(۲) و هو من سهو القلم أيضا، فإن الكلام فی الحره التی يكون زوجها عبدا.

(۳) لما عرفت من عدم ثبوته فان ارتفاع النفقه بعد ارتفاع موضوعها و كونها تدريجيا لا يعد ضررا. و سقوط المهر لا نقول به.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۳۰

صح و انعتق عليه (۱)، و بطلت المضاربه بالنسبه إليه، لأنه خلاف وضعها و خارج عن عنوانها، حيث انها مبنيه علی طلب الربح

المفروض عـدمه، بل كونه خساره محضه فيكون صـحه الشـراء من حيث الأذن من المالك، لا من حيث المضاربه. و حينئـذ فإن بقى من مالها غيره بقيت بالنسـبه اليه (٢) و الا ـ بطلت من الأصل (٣) و للعامـل اجره عمله إذا لم يقصـد التبرع (۴) و ان كان فيه ربـح فلا إشـكال فى صـحته، لكن فى كونه قراضا فيملك العامل بمقـدار حصـته من العبـد (۵) أو يسـتحق عوضه على المـالك للسرايه (۶) أو بطلانه مضاربه و استحقاق العامل أجره المثل لعمله (٧) كما إذا لم يكن ربح، أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير،

---

(١) جزما و بلا خلاف فيه، فإنه كما يصح للمالك مباشرته لشراءهم يصح له شرائهم بالواسطه.

(٢) لعدم المقتضى للبطلان بالقياس اليه.

(٣) لانتفاء موضوعها بذهاب رأس المال بأجمعه.

(۴) لاستيفاء المالك عمله المحترم الصادر عن أمره من غير قصد للمجانيه و التبرع.

(۵) و كأن الوجه فيه عموم أدله المضاربه مع عدم القول بالسرايه.

(۶) لكون الانعتاق عليه، فيكون و كأنه هو المعتق له بالمباشره.

(٧) لصدوره عن أمره من غير قصد للتبرع.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣١

لا ـ لكونه خلاـف وضع المضـاربه، للفرق بينه و بين صوره عـدم الربـح (١) بـل لأـنه فرع ملكيه العامل المفروض عـدمها (٢). و دعوى: أنه لا ـ بـد ان يقـال: انه يملكه آنـا مـا ثم ينعتق، أو تقـدر ملكيته حفظا لحقيقه البيع، على القولين فى تلك المسأله، و أى منهما كان يكفى فى ملكيه الربح.

مـدفوعه: بمعارضـتها بالانعتاق الـذى هو أيضا متفرع على ملكيه المالك، فان لها أثرين فى عرض واحد- ملكيه العامل للربح، و الانعتاق- و مقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثانى، و عليه فلم يحصل للعامل ملكيه نفس العبد و لم يفوت

المالك عليه أيضا، بل فعل ما يمنع عن ملكيته مع أنه يمكن أن يقال: إن التفويت من الشارع لا منه.

لكن الإنصاف ان المسأله مشكله، بناء على لزوم تقدم ملكيه المالك و صيرورته للعامل بعده، إذ تقدم الانعتاق

---

(١) إذ مع وجود الربح لا يمكن ان يقال انه خلاف كونه فى مقام الاسترباح.

(٢) بل الصحيح فى التعليل ان يقال: ان عدم استحقاق العامل للحصه من الربح ناش عن عدم تحققه واقعا فى المقام، و ذلك لتوقف ملكيه العامل لها على كون المعامله رابحه بالنسبه إلى المالك، و هو غير متصور فيما نحن فيه، إذ الملكيه آنا ما قبل الانعتاق القهرى لا يعد ربحا، كى يقال باستحقاق العامل منه شيئا.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٣٢

على ملكيه العامل عند المعارضه فى محل المنع (١).

و بعباره اخرى: ان أدله المضاربه لما كانت صريحه فى تقسيم الربح بين المالك و العامل على ما اتفقا عليه و كان ذلك متوقفا على صدق الربح و تحققه فى الخارج و هو مفقود فى المقام حيث لا اثر للربح التقديرى و انما العبره بالربح الفعلى، فلا مجال لشمولها له.

إذن: فالصحيح فى التعليل هو نفى تحقق الربح فى المقام. لا نفى تحقق ملكيه المالك.

(١) و كأنه من جهه ان دليل صحه المضاربه لا يبقى مجالا لدليل الانعتاق، إذ الأخير ظاهر فى عدم استقرار ملكه للعمودين. فلا يشمل ما إذا لم يكن ملكه مستقرا حتى مع عدم دليل الانعتاق.

و بعباره اخرى: ان ظاهر دليل الانعتاق هو عدم استقرار ملكه للعمودين على نحو بحيث لولاه لكان مستقرا، فلا يشمل المقام الذى لا يكون الملك مستقرا حتى و لو فرض عدم الدليل على الانعتاق القهرى، حيث ان الحصه

المعينه تنتقل إلى ملك العامل بمقتضى قانون المضاربه، و لا تكون مستقره فى ملك المالك.

و فيه انه انما يتم فيما إذا لم نلتزم بكون ملكيه العامل مترتبه على ربح المالك فى المعامله، و الا فلا وجه للمنع من تقدم الانعتاق عليها، نظرا لما عرفت من عدم صدق الربح بالملك التقديرى عرفا مع كفايته فى الانعتاق.

و من هنا تكون أدله الانعتاق شامله للمقام من غير مزاحم، لعدم شمول أدله المضاربه له باعتبار أن أساسها مبنى على الاسترباح و هذه المعامله خاسره بالقياس إلى المالك- من بادئ الأمر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۳۳

نعم لو قلنا: ان العامل يملك الربح أولا بلا توسط ملكيه المالك بالجعل الأولى حين العقد، و عدم منافاته لحقيقه المعاوضه، لكون العوض من مال المالك و المعوض مشتركا بينه و بين العامل- كما هو الأقوى- (۱) لا- يبقى اشكال، فيمكن ان يقال بصحته مضاربه، و ملكيه العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السرايه، و ملكيته عوضها إن قلنا بها- و على الثانى- أى إذا كان من غير إذن المالك- فإن أجاز فكما فى صوره الأذن (۲)، و ان لم يجز بطل الشراء. و دعوى: البطلان و لو مع الإجازه لأنه تصرف منهى عنه، كما ترى، إذ النهى ليس عن المعامله بما هى، بل لأمر خارج (۳) فلا مانع من صحتها مع الإجازه. و لا فرق فى البطلان مع عدمها بين كون

---

(۱) بل الأقوى خلافه، على ما تقدم بيانه غير مره باعتبار ان حقيقه المعاوضه و المبادله بدخول العوض فى كيس من خرج منه المعوض و بالعكس، و الا لما كانت معاوضه.

(۲) حيث ينتسب العقد بالإجازه اليه- و حاله فى ذلك حال

سائر العقود الفضوليه- و بذلک يکون کالعقد الصادر عن إذنه السابق فيلحقه حکمه حرفا بحرف.

(۳) الصحيح فى الجواب ان يقال: ان المعامله الخارجيه المفروضه قد تقع على شخص مال المضاربه بان يشترى العامل أبا المالک بعين مال المضاربه و قد تقع على الذمه بان يشترى العامل أبا المالک فى

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۳۴

العامل عالما بأنه ممن ينعتق على المالک حين الشراء أو جاهلا و القول بالصحه مع الجهل، لان بناء معاملات العامل على الظاهر، فهو کما إذا اشترى المعيب جهلا بالحال ضعيف و الفرق بين المقامين واضح (۱).

ذمته قاصدا الأداء من مال المضاربه.

اما فى الثانى فالحکم واضح حيث لا نهى مولوى فى البين و لا حرمه شرعيه مطلقا، بل غايه ما هناک عدم نفوذ المعامله قهرا على المالک و توقفها على إذنه.

و اما فى الأول: فالأمر کذلک إذ المعامله بما هى ليست بمحرمه شرعا، و انما المحرم التصرف فى مال الغير بتسليمه إلى البائع بغير اذن المالک.

فالحکم فى هذه المعامله هو الحکم فى بيع الغاصب لنفسه، حيث يتعلق التحريم بتصرفه فيه و لو بإبقاء المال عنده.

إذن: فالحرمه فى المقام لم تتعلق لا بالمعامله نفسها و لا لأمر خارج عنها.

هذا مضافا إلى ما تقدم غير مره من أن النهى حتى و لو کان متعلقا بعنوان المعامله لا يوجب الفساد.

(۱) إذ ان أمر الشراء منوط بنظر العامل، و لما کان شراء المعيب أمرا متعارفا حيث يتحقق فيه الاسترباح أيضا، کان داخلا تحت عقد المضاربه و مشمولا لإذن المالک. غايه ما هناک انه إذا جهل العيب کان له الخيار فى فسخ المضاربه أو أخذ الأرش، و هذا بخلاف المقام حيث ان شراء من ينعتق على

المالک لیس أمرا متعارفا

ثم لا فرق فی البطلان بین کون الشراء بعین مال المضاربه، أو فی الذمه بقصد الأداء منه و ان لم یذکره لفظا.

نعم لو تنازع هو و البائع فی کونه لنفسه أو للمضاربه قدم قول البائع، و یلزم العامل به ظاهرا (۱) و ان وجب علیه التخلص منه (۲) و لو لم یذکر المالک لفظا و لا قصدا کان له ظاهرا و واقعا (۳).

[(مسأله ۴۵): إذا اشتری العامل أباه أو غیره]

(مسأله ۴۵): إذا اشتری العامل أباه أو غیره ممن

کی یشمله الأذن بعد کون مبنی عقد المضاربه علی الاسترباح و کون هذه المعامله متمحضه فی الخساره.

(۱) لاقتضاء الظهور الحالی ذلک، حیث ان الظاهر من اقدام کل انسان علی عقد کونه له ما لم ینصب القرینه علی الخلاف.

(۲) لبقاءه علی ملک مالکه، الا انه قد یقال: بجواز أخذه له مقاصه، باعتبار انه قد أخذ منه الثمن قهرا.

لکنه مـدفوع: بأن أدله التقاص مختصه بما إذا کان المقتص منه ظالما أو مماطلا، فلا تشـمل المقام حیث یکون أخذ البائع للثمن منه بمقتضی الموازین الشرعیه.

نعم لاـ بـأس بالالتزام بـذلک من جهه انه لیس للبائع الجمع بین الثمن و المثمن معا، و علی هـذا یکون أخـذه للثمن مبرزا لرضاه بتملک العامل للمثمن بإزاءه. فیجوز للعامل التصرف فیه من هذه الجهه.

(۳) لما تقدم من الظهور الحالی، حیث یکفی فی کونه لنفسه واقعا إقدامه علی الشـراء من دون إضافته إلی الغیر، فإن إضافته إلی غیره تحتاج إلی مؤنه زائده و بیان.

ینعتق علیه، فان کان قبل ظهور الربح و لا ربح فیه أیضا (۱) صح الشراء و کان من مال القراض (۲)، و ان کان

بعد ظهوره أو كان فيه ربح، فمقتضى القاعده و ان كان بطلانه (۳) لكونه خلاف وضع المضاربه، فإنها موضوعه

---

(۱) الفرق بين الفرضين يمكن فى أن الأول ناظر إلى الربح السابق على هذا الشراء و المشترك بين المالك و العامل بمقتضى قانون المضاربه بحيث يكون العامل قد اشترى من يعتق عليه من ربح التجارات السابقه فى حين أن الثانى ناظر إلى وجود الربح فى نفس هذا الشراء، بحيث تكون هذه المعامله بنفسها رابحه.

و الحاصل: ان مراده (قده) من هذه المقابله بيان اعتبار عدم كون شراء من ينعتق على العامل من أرباح التجارات السابقه عليه و عدم كونه بنفسه تجاره رابحه، فى الحكم بصحه هذا الشراء.

(۲) لاستقلال المالك فى ملكيه العبد، إذ لا موجب لاشتراك العامل معه فى ذلك و من ثم الحكم بعتقه.

(۳) و فيه: ان البطلان مبنى على القول بالسرايه و تغليب جانب العتق مطلقا و من دون فرق بين صورتى العلم و الجهل، الا ان الأمر ليس كذلك فإن صحيحه محمد بن قيس مختصه بصوره الجهل و لا تشمل صوره العلم، و معه فلا يبقى وجه للقول بالسرايه مع علم العامل بالحال.

نعم ورد فى بعض النصوص ان عتق أحد الشريكين لحصته من العبد المشترك موجب لانعتاق الباقى و سرايه العتق فيه.

الا انه أجنبى عن محل الكلام، حيث انه يختص بالعتق الاختيارى الناشئ من إنشاء أحد الشريكين له بالنسبه إلى حصته من العبد المشترك

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۳۷

- كما مر- للاسترباح بالتقليب فى التجاره، و الشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، الا ان المشهور، بل ادعى عليه الإجماع صحته، و هو الأقوى فى صوره الجهل بكونه ممن ينعتق عليه، فينعتق

مقدار حصته من الربح منه، و يسرى فى البقيه، و عليه عوضها للمالك

فلا مجال للتعدى عنه إلى موارد الانعتاق القهرى مطلقا سواء أ كان بمقدمات اختياريه كالشراء أو غيرها كالإرث.

و الحاصل: ان النص انما يختص بالعتق الاختيارى بالمباشره، فلا يشمل موارد الانعتاق القهرى حتى و لو كان بمقدمات اختياريه.

و من هنا يكون مقتضى القاعده فى المقام هو الالتزام بصحه الشراء مع التبعيض فى العتق بالقول بانعتاق حصه العامل مع بقاء حصه المالك على صفته- اعنى كونه مال المضاربه.

على أنها لو التزمنا بالسرايه حتى فى مورد الانعتاق القهرى، لا سيما بناء على ما ذكره (قده) من كفايه حصول الربح فى البعض الآخر من أموال المضاربه، كان لازمه بطلان الشراء مضاربه حتى فى الفرض الأول. و ذلك فان بناء المضاربه كما عرفت انما هو على الاسترباح و لا يتصور ذلك فى شراء العبد فى مفروض الكلام فإنه إما ان لا يكون بعد ذلك زياده فى قيمه العبد و لا فى غيره من أموال المضاربه و اما ان يكون ذلك و على التقديرين لا يكون ربح فى هذه المعامله اما على الأول فواضح و كذا على الثانى فإن حصه العامل من الربح فى العبد ينعتق عليه و يسرى العتق إلى الباقى فيكون خساره على المالك، و معه كيف يمكن ان يقال انه يصح الشراء و يكون من مال القراض؟.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۳۸

مع يساره، و يستسعى العبد فيه مع إعساره (۱) لصحيحه ابن أبى عمير عن محمد بن قيس عن الصادق (ع): «فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم قال (ع): يقوم، فان زاد درهما واحدا انعتق و استسعى

فی مال الرجل» «۱» و هی مختصه بصوره الجهل المنزل علیها إطلاق کلمات العلماء أیضا.

و بالجمله: ان القول ببطلان الشراء مضاربه- بحسب القاعده- فی مفروض کلامه (قده) إنما یتم بناء علی القول بالسرایه مطلقا حیث یکون الشراء حینئذ متمحضا فی الخساره، و أساس المضاربه علی الاسترباح. و أما بناء علی ما هو الصحیح من اختصاص السرایه بالعتق الاختیاری بالمباشره، فلا وجه للحکم بالبطلان فیما نحن فیه حیث یکون الانعتاق قهریا.

ثم ان مما ذکرنا یظهر أن أساس المضاربه و ان کان علی الاسترباح الا انه یکفی فیها إمکان استرباح المالک و ان حصل الجزم بعدم حصول الربح للعامل.

هذا کله بالنسبه إلی ما تقتضیه القاعده فی المقام، الا انه لا بد من الخروج عنها فی خصوص فرض الجهل من المقام حیث دلت صحیحه محمد بن قیس علی السرایه فیه.

(۱) لا دلیل علی ما افاده (قده) من التفصیل فإن صحیحه محمد بن قیس مطلقه و مقتضاها سعایه العبد فی عوض حصه المالک سواء أ کان العامل موسرا أم معسرا و سیأتی مزید بیان عند تعرضه (قده)

---

(۱) الوسائل ج ۱۳ باب ۸ من أبواب المضاربه ح ۱.

و اختصاصها بشراء الأب لا یضر، بعد کون المناط کونه ممن ینعتق علیه (۱). کما أن اختصاصها بما إذا کان فیه ربح لا یضر أیضا، بعد عدم الفرق بینه و بین الربح السابق (۲) و إطلاقها من حیث الیسار و الإعسار فی الاستسعاء أیضا منزل علی الثانی، جمعا بین الأدله (۳) هذا و لو لم یکن ربح سابق و لا کان فیه أیضا، لکن تجدد بعد ذلک قبل أن یباع، فالظاهر أن حکمه أیضا الانعتاق و السرایه

بمقتضى القاعده (۴) مع إمكان دعوى شمول إطلاق

له ثانيا فى هذه المسأله.

(۱) إذ العبره انما هى بمالكيه العامل و من حيث انه لا يمكن ان يكون مالكا له ملكيه مستقره.

(۲) ظهر وجهه مما تقدم فى التعليقه السابقه، فإن العبره انما هى بمالكيه المالک حيث أن الموجب للانعتاق هو دخول العبد فى ملكه و لا فرق فى ذلک بين حصول الربح فى نفس الشراء أو شراءه من الربح الحاصل سابقا.

(۳) و فيه انه لا تعارض بين الأدله كى يحتاج إلى الجمع بينها بما ذكر، فإن أدله التفصيل مختصه بعتق الشريک حصته من العبد المشترک اختيارا، فلا تشمل موارد الانعتاق القهرى، و من هنا فيتعين العمل فى هذه الموارد بإطلاق صحيحه محمد بن قيس الدال على استسعاء العبد فى عوض حصه المالک فى الفرضين، حيث لا موجب لرفع اليد عنه.

(۴) لكنک قد عرفت ان القاعده لا تقتضى السرايه فى المقام، و انها انما تقتضى السرايه فى خصوص موارد العتق بالمباشره.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۴۰

الصحيحه أيضا للربح المتجدد فيه. فيلحق به الربح الحاصل من غيره، لعدم الفرق (۱).

نعم دعوى شمول صحيحه محمد بن قيس له غير بعيده. فإن مقتضى إطلاق قوله (ع) فيها: «يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق و استسعى فى مال الرجل» عدم اختصاص التقويم بزمان البيع، بل متى ما قوم و كانت قيمته زائده و لو بدرهم عن قيمه شراءه بحيث كان العامل شريكا فيه انعتق و سرى العتق.

و الحاصل: ان العبره- على ما يستفاد من الصحيحه- انما هى بشركه العامل للمالک فى العبد فى أى زمان تحققت.

(۱) ما أفاده (قده) مبنى على اشتراک العامل مع المالک فى جميع أموال المضاربه، لا فى

خصوص ما يكون فيه ربح.

الا انه لم يثبت بدليل، بل ينافيه إطلاق مفهوم صحيحه محمد بن قيس المتقدمه حيث ان مقتضاه عدم انعتاق الأب إذا لم تزد قيمته حتى و لو زادت قيمه سائر أموال المضاربه.

ثم انه لو انعكس الأمر بأن حصلت النقيصه فى سائر أموال المضاربه. فهل يمنع ذلك من انعتاق الأب عند ظهور الربح فيه بخصوصه أم لا؟

الصحيح فى المقام هو التفصيل: فإن الخساره إما ان تكون سابقه على الربح أو مقارنه له أو متأخره عنه.

ففى الأولين لا ينبغى الشك فى عدم الانعتاق إذا لم يكن الربح الحاصل فيه زائدا عن الخساره الحاصله، فإن الصحيحه منصرفه عن هذا جزما إذ الانعتاق انما هو بملاك ملكيه العامل لجزء من أبيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۴۱

[(مسأله ۴۶): قد عرفت ان المضاربه من العقود الجائزه]

اشاره

(مسأله ۴۶): قد عرفت ان المضاربه من العقود الجائزه، و انه يجوز لكل منهما الفسخ (۱) إذا لم يشترط لزومها (۲) فى ضمن عقد لازم، ثم قد يحصل الفسخ

و من الواضح انه مع فرض الخسران السابق يكون الربح و بمقتضى قانون المضاربه بإزاءه و لا شى ء للعامل كى ينعتق عليه.

نعم لو زاد الربح عن الخسران السابق، كان للعامل حصته من الزياده و ينعتق الأب عليه، على ما تقدم تفصيله.

و أما فى الفرض الثالث فلا إشكال فى كون الربح السابق جابرا للخسران اللاحق لما عرفت من كون الملاك فى صدق الربح و عدمه مجموع المعاملات لا خصوص كل معامله على حده.

الا ان هذا لا يكشف عن عدم تحقق العتق من الأول، فإنه متحقق غايته انه يجب على العامل تدارك الخساره اللاحقه من سائر أمواله. فيكون المقام من قبيل طرو الخساره بعد إتلاف العامل لما ملكه من الربح.

و مما يدل

على ما ذكرناه إطلاق صحيحه محمد بن قيس المتقدمه، حيث ان مقتضاه تحقق الانعتاق عند ظهور الربح فيه، سواء طرأت الخساره بعد ذلك على المضاربه أم لم تطرأ.

(١) تقدم الكلام فيه فى المسأله الثانيه، و قد عرفت ان جواز الفسخ انما هو بالنسبه إلى ما يأتى من المعاملات، لا بالنسبه إلى ما سبق منها، فإنها بالنسبه إليها لازمه و لا بد لها من العمل على وفق ما اتفقا عليه. فليس للمالك فسخ العقد و أخذ الربح كله فى قبال إعطاء أجره المثل.

(٢) قد عرفت فى المسأله الثانيه ان اشتراط اللزوم انما ينفع فيما

من أحدهما، و قد يحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجاره بتمامها أو لعدم إمكان التجاره لمانع أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم فى حكمها من حيث استحقاق العامل للأجره و عدمه، و من حيث وجوب الإنضاض عليه و عدمه إذا كان بالمال عروض، و من حيث وجوب الجبايه عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس و من حيث وجوب الرد الى المالك و عدمه، و كون الأجره عليه أولا، فنقول: إما ان يكون الفسخ من المالك أو العامل، و أيضا إما ان يكون قبل الشروع فى التجاره أو فى مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، فى الأثناء أو بعد تمام التجاره، بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله، قبل القسمه أو بعدها، و بيان أحكامها فى طى

[الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع فى العمل و لا فى مقدماته]

الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع فى العمل و لا فى مقدماته فلا اشكال و لا شى ء له و لا عليه (١) و ان كان بعد

تمام العمل و الإنضاض فكذلك، إذ مع حصول

إذا كان على نحو شرط الفعل اعنى اشتراط عدم اعمال سلطنته على الفسخ، و أما إذا كان على نحو شرط النتيجه بأن يكون العقد لازما و لا يكون له حق الفسخ بمعنى ان لا يملك الفسخ: فهو فاسد و مفسد للعقد أيضا.

(۱) لعدم المقتضى له.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۴۳

الربح يقتسمانه، و مع عدمه لا شى ء للعامل و لا عليه إن حصلت خساره، الا ان يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحه هذا الشرط (۱)، أو يشترط العامل على المالك شيئا ان لم يحصل ربح (۲). و ربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت اجره المثل مع عدم الربح. و لا وجه له أصلا، لأن بناء المضاربه على عدم استحقاق العامل لشى ء سوى الربح على فرض حصوله (۳)، كما فى الجعاله.

[الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل فى الأثناء قبل حصول الربح]

الثانيه: إذا كان الفسخ من العامل فى الأثناء قبل حصول الربح فلا أجره له لما مضى من عمله. و احتمال استحقاقه.

---

(۱) بل الأقوى هو التفصيل بين شرط النتيجه و شرط الفعل.

ففى الأول- كما لو اشترط عليه كون بعض الخساره فى عهدته- يبطل لانه ليس بمشرع و مضمونه مخالف للسنه الداله على عدم ضمان الأمين.

و فى الثانى- كما لو اشترط عليه أن يعطيه شيئا من أمواله- يصح حيث لا محذور فيه، لانه و بحد نفسه فعل سائغ. فإذا وقع متعلقا للشرط وجب الوفاء به. و مجرد كونه فى ضمن عقد جائز لا يمنع من وجوب العمل به. لما عرفت من كونه لازما بالنسبه إلى ما مضت من المعاملات، نعم له رفع اليد عن العقد بالقياس إلى ما يأتى فيرتفع معه موضوع وجوب الوفاء.

و قد تقدم تفصيل الكلام

فى المسأله الرابعه فراجع.

(۲) على التفصيل المتقدم.

(۳) و معه فلا تشمله قاعده احترام عمل المسلم، لأنه الذى فوت على نفسه ذلک حيث أقدم على العمل مجانا عند عدم الربح.

لقاعده الاحترام، لا وجه له أصلا (۱). و ان كان من المالک، أو حصل الانفساخ القهرى، ففيه قولان (۲)، أقواهما العدم أيضا بعد كونه هو المقدم على المعامله الجائزه التى مقتضاها عدم استحقاق شى ء إلا الربح، و لا ينفعه بعد ذلک كون اقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

---

(۱) فإن القاعده لا تقتضى الضمان، فان معنى احترام عمل المسلم انما هو عدم جواز جبره على شى ء بلا مقابل و مجانا، فلا تشمل المقام حيث يكون العمل صادرا منه بأختيار رجاء للربح، على ان القاعده لو اقتضت الضمان فى حد نفسها فلا تقتضيه فى المقام باعتبار ان العامل هو الذى فوت على نفسه الربح بفسخه لعقد المضاربه.

و دعوى: اقتضاء الأمر له، حيث ان العمل قد صدر عن أمره و استوفى هو منفعته.

مدفوعه: بأنها انما تتم لو كان الآمر قد التزم على نفسه بشى ء غير الحصه من الربح، فلا تعم المقام حيث لم يلتزم الآمر بدفع شى ء بإزاء العمل سوى الحصه من الربح على تقدير ظهوره.

و من هنا فيكون العامل فى فرض عدمه و من غير هذه الجهه متبرعا و مقدما على العمل مجانا.

(۲) ظاهر كلامه (قده) اختيار بعض الأصحاب للضمان حتى فى فرض الانفساخ القهرى إلا أننا لم نعثر على قائل به حيث لم ينسب إلى احد من الأصحاب.

و كيف كان فالحكم فيه واضح لعين ما تقدم فى فسخ العامل، حيث لا موجب للضمان و توهم اقتضاء قاعده الاحترام أو صدوره عن أمره

له، مدفوع بما تقدم.

[الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالک]

الثالثه: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بأذن المالک

و صرف جمله من رأس المال فی نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقا أو إذا كان لا لعذر منه؟ وجهان أقواهما العدم (۱) لما ذكر من جواز المعامله و جواز الفسخ فی كل وقت فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

نعم فی فرض الفسخ من قبل المالك، ذهب جماعه من الأصحاب إلى الضمان من أجل التفويت، حيث فوت المالك بفسخه للعقد الربح على العامل، فيجب عليه أداء أقل الأمرين من أجره المثل و الربح المترقب من التجارات الآتيه.

و فيه: انه لا دليل على الضمان عند التفويت و المنع عن الاسترباح فإنه إنما يترتب على إتلاف المال الموجود بالفعل أو الاستيلاء عليه، فلا يعم ما ليس بمال بالفعل، و إنما يترقب ان يكون كذلك فی المستقبل.

على انه من التفويت بحق لبناء عقد المضاربه عليه، لأنه عقد جائز، فيكون من قبيل الشرط فی ضمن العقد و معه فلا موجب للضمان بعد اقدام العامل عليه.

(۱) فيه اشكال بل منع، و ذلك لأن إعطاء المالك للمال إلى العامل و الأذن له فی صرفه خارج عن العقد بينهما، و إنما العامل يصرف ذلك المال باذن المالك فی مقدمات العقد الذی يقصد به الاسترباح. إلا ان الظاهر كون إعطاء المالك للمال و الأذن فی التصرف فيه مشروطا بشرط متأخر و هو تحقق التجاره الخارجيه.

[الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]

الرابعه: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك (۱) ببيع و نحوه و ان احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل و ان وجد زبون يمكن ان يزيد فی الثمن فيحصل الربح (۲)

نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد

و بعباره أخرى: ان دفع المالك للمال اليه و الأذن فى التصرف له لم يكن مطلقا و إنما هو مقيد بحصول التجاره بعد ذلك، و من هنا فإذا لم يحصل الشرط لم يكن صرفه مأذونا فيه، و بذلك فيكون ضامنا لإتلافه مال غيره بغير إذنه.

و لا- يبعد ان يكون هذا من المرتكزات الأوليه فى باب المضاربه و غيرها كإرسال الرسل و المبعوثين، فإنه هل يمكن ان يقال بعدم ضمانهم لما صرفوه فى سفرهم مع عدم قيامهم بما كلفوا به من مهام بدعوى انه كان بأذنه؟ كلا، فإن الأذن فى ذلك مقيد بانتهاء السفر إلى العمل المعين، فعدمه يكشف عن عدم الإذن لا محاله.

نعم ما أفاده (قده) إنما يتم لو كان الفسخ من قبل المالك أو حصل الانفساخ القهرى حيث لا موجب للقول بضمان العامل باعتبار انه لم يلتزم بشى ء فى صرفه للمال، و لم يقصر فى شى ء مما هو عليه بعد إن كان الصرف باذن المالك.

(١) لكونه بأكمله ملكا للمالك، و قد ارتفع إذنه فى التصرف بالفسخ أو الانفساخ.

(٢) لما تقدم من كونه تصرفا فى مال الغير فلا يجوز إلا بإذنه.

من قيمته لا- يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه، لأنه فى قوه وجود الربح فعلا. و لكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشى ء فى حد نفسه زائد القيمه (١) و المفروض عدمه و هل يجب عليه البيع و الإنضاض إذا طلبه المالك أولا؟ قولان أقواهما عدمه (٢) و دعوى: ان مقتضى قوله (ع) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» «١» وجوب رد المال إلى المالك كما كان، كما ترى

(۳).

---

(۱) و بعباره أخرى: ان الملاك فى اشتراک العامل للمالک إنما هى الزياده فى المال و العبره فيها إنما هى بارتفاع القيمه السوقيه، و لا يكفى فيها وجود مشتر يشترى المال بأكثر من قيمته السوقيه، فإنه لا يوجب زياده فى مال المضاربه كما لا يخفى.

على انه سيأتى فى المسأله القادمه من هذه المسائل انه لو حصل الفسخ أو الانفساخ و كان فى المال عروض تزيد قيمته على رأس المال فليس للعامل إجبار المالک على بيع العروض و إن كان شريكا له فى ذلک، و إنما له إجباره على القسمه خاصه، نظرا إلى ان جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

فإذا كان الحال هذا فى فرض وجود الربح بالفعل، فعدم الجواز فى فرض عدمه يكون بطريق أولى.

(۲) لعدم الدليل عليه.

(۳) إذ مع الإغماض عن سندها، و المناقشه فى صدق الأخذ على

---

(۱) مستدرک الوسائل باب ۱ من كتاب الوديعه ح ۱۲.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۴۸

[الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده]

الخامسه: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض، فان رضيا بالقسمه كذلک فلا اشكال (۱)، و إن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (۲) و ان احتمل ربح فيه، خصوصا إذا كان هو الفاسخ. و ان طلبه المالک ففى وجوب اجابته و عدمه وجوه، ثالثها التفصيل بين صوره كون مقدار رأس المال نقدا فلا يجب و بين عدمه فيجب لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان، عملا بقوله (عليه السلام): «على اليد.». و الأقوى عدم الوجوب مطلقا (۳)، و إن كان استقرار ملكيه العامل للربح موقوفا على الإنضاض و لعله يحصل الخساره

بالبيع،

مثل المقام بـدعوى انصـرافه إلى ما يكون بالقهر، فهو غير شامل لما نحن فيه، لأنه إنما يجب على العامل رد ما أخذه بعينه ما دام هو باقيا فى ملكه، و أما إذا خرج عنه بـاذن المالك فلا يجب عليه رده بعينه جزما، بل غايه ما يجب عليه هو رد بـدله. فهو كمن غصب الدار ثم باعها باذن المالك حيث لا يجب عليه الا رد الثمن خاصه.

(۱) لاشتراكهما فى المال، فالحق لا يعدوهما.

(۲) فـان المالـک مسلط على مـاله، غايه الأمر ان للعامل مطالبته بحصـته من الربـح فيعطيه المالک من أمواله، أو يطالبه بالقسـمه فيأخذ من العروض.

(۳) نظرا لانتفاء عقد المضاربه، و عدم الدليل على الوجوب،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۴۹

إذ لا منافاه (۱) فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخساره بعده قبل القسمه، أو بعدها يجب جبرها (۲) بالربح، حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

[السادسه: لو كان فى المال ديون على الناس]

السادسه: لو كان فى المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟

و قاعـده اليـد مضافـا إلى قصور سـندها، لاـ دلاـله لها على الوجوب فى المقام، فان الواجب إنما هو رد مال الغير اليه سواء أ كان عروضا أم غيره.

و بعباره أخرى: ان المعاملات الصادره من العامل لما كانت باذن المالک، كانت موجبه لتبدل مال المالک لدى العامل من النقد إلى العروض، فهى التى تكون مال المالک بالفعل، و من هنا فإلزامه بتبديله إلى النقد ثانيا يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(۱) لما عرفت من أن مقتضى عقد المضاربه وصول رأس المال إلى المالک، على أن يكون الزائد عنه مشتركا بينه و بين العامل.

و من

هنا فلو حصل تلف فی المال کان محسوبا علی العامل و المالک حتی بعد تمامیه المضاربه ما لم یصل رأس المال إلی المالک، و هذا لا یستلزم بالطبع لزوم اجابه العامل له فی طلب البیع کما هو واضح.

(۲) تقدم فیما مضی ان جبر الخساره بالربح إنما یکون قبل الفسخ أو الانفساخ، و أما بعدها فلا لا سیما بعد تحقق القسمه لانتهاء عقد المضاربه و وصول رأس المال إلی المالک، فیکون إثباته محتاجا إلی

وجهان، أقواهما العدم (۱) من غیر فرق بین أن یکون الفسخ من العامل أو المالک.

[السابعه: إذا مات المالک أو العامل قام وارثه مقامه]

السابعه: إذا مات المالک أو العامل قام وارثه مقامه فیما مر من الاحکام (۲).

الدلیل و هو مفقود.

و بعباره أخری: انه لا وجه لجبر الخساره بعد الفسخ أو الانفساخ- فضلا عن القسمه- بالربح السابق بعد وصول کل من الحصتین إلی مالکها و تملکه لها مستقلا و بعینه.

(۱) بل الوجوب- علی ما هو المشهور- و ذلک لابتناء عقد المضاربه من الأول علی تسلیم العامل لما أخذه من المالک إلیه، فإنه أمر مفروغ عنه فی عقدها.

و من هنا فیکون من الشرط فی ضمن العقد، فیجب علیه الوفاء به و لیس له إرجاع المالک علی المدینین.

و بالجمله: فتسلیم العامل للمال إلی المالک أمر مفروغ عنه فی عقد المضاربه فیجب علیه الوفاء به، ورد ما أخذه منه، ثم ان کان ربح فهو مشترک معه فیه.

(۲) فی إطلاقه إشکال بل منع، إذ لا دلیل علی قیام الوارث مقام المیت فی جمیع الأمور: و بقول مطلق، و إنما المنتقل الیه خصوص ما ترکه من الأموال و الحقوق القابله للانتقال بحیث لا تکون متقومه بشخص خاص و هو مما

لا خلاف فيه.

و من هنا فلا بد من ملاحظه الأحكام المتقدمه، لتشخيص ما تنطبق

[الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالک و ماله]

الثامنه: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخليه بين المالک و ماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه. نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد

عليه هذه الضابطه فنقول:- أما إلزام المالک للعامل بتحصيل الديون بعد حصول الفسخ أو الانفساخ، فالظاهر عدم كونه من الحقوق. و إنما هو حكم مترتب على الملک من باب تسلط المالک على ماله و وجوب رد الأمانه إلى أهلها.

و من هنا: ماذا مات المالک و انتقل المال إلى ورثته، كان لكل منهم مطالبه العامل برد حصته منه اليه، حتى مع فرض رضى غيره ببقاء حصته دينا فى ذمه المديون و لو كان هذا حقا لما وجب على العامل فى الفرض شى ء، إذ الحق أمر واحد بسيط ثابت لمجموع الورثه من حيث المجموع، فلا يقبل التجزئه لعدم ثبوته للبعض بخصوصه.

نعم لو قلنا بأن المالک له إجبار العامل على بيع العروض بعد الفسخ، بلا اشتراط كان لهم جميعا إجباره على ذلک، لأن حق الشرط قابل للانتقال. فلا مانع من الالتزام به بالنسبه إلى الوارث أيضا.

و أما حق العامل فى بيع المتاع بعد الفسخ- بناء على القول به- فهو حكم تكليفى محض يختص به، فلا يقبل الانتقال إلى ورثته.

و الحاصل: ان ما أفاده الماتن (قده) لا يمكن المساعده عليه لأن المنتقل إلى الوارث ينحصر فى المال و الحقوق القابله للانتقال و هى

المالک و لو كان بأذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده (۱) لكنه مع ذلک مشكل. و قوله (ع): «على

الیـد مـا أخـذت.» أیضـا لا یـدل علی أزیـد من التخلیه، و إذا احتاج الرد إلیه إلی الأجره فالأجره علی المالک (٢) کمـا فی سائر الأموال. نعم لو سافر به بدون إذن المالک إلی بلد آخر و حصل الفسخ فیه، یکون حاله حال الغاصب

لجمیعهم لا لکل فرد فرد. و أما الحکم فهو یختص به و لا ینتقل إلی الوارث.

(١) و هذا القول هو الصحیح، و الاشکال علیه فی غیر محله.

و ذلک: لأن الأذن فی الإرسال لم یکن مطلقا، فإنه إنما اذن فیه للاتجار- علی ما یقتضیه عقـد المضاربه- و هـذا یعنی لزوم رده إلی المالک نقدا أو عروضا بعد الاتجار به أولا معه، فهو مفروض فی عقد المضاربه.

و من هنا فإذا فسخ العقد کان مقتضی کون المال أمانه عنده، و اقتضاء عقد المضاربه للرد، لزوم الرد الیه.

نعم لو رضـی المالـک ببقـاء ماله فی ذلک البلـد، فلیس للعامل إرجاعه لکونه مسلطا علی ماله فلا یجوز التصرف فیه بغیر إذنه، کما هو ظاهر.

(٢) لعدم الموجب لإلزام العامل بشی ء من الأجره بعد فسخ المضاربه و کون المال امانه فی یده.

مبانی العروه الوثقی، ج ١، ص: ١٥٣

فی وجوب الرد و الأجره (١) و ان کان ذلک منه للجهل بالحکم الشرعی من عدم جواز السفر بدون إذنه.

[(مسأله ۴۷): قد عرفت ان الربح وقایه لرأس المال]

(مسأله ۴۷): قـد عرفت ان الربـح وقـایه لرأس المال من غیر فرق بین أن یکون سابقا علی التلف أو الخسـران أو لاحقا، فالخساره تجبر بالربـح اللاحق و بالعکس (٢) و لا یلزم ان یکون الربـح حاصـلا من مجموع رأس المال، و کـذا لا یلزم أن تکون الخساره وارده علی المجموع، فلو اتجر بجمیع رأس المال فخسر ثم اتجر ببعض الباقی فربح، یجبر ذلک الخسران

بهذا الربح، و كذا إذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقى فربح، و لا يلزم فى الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربه حال حصولها، فالربح مطلقا جابر للخساره و التلف مطلقا (٣) ما دام لم يتم عمل المضاربه. ثم انه

---

(١) على ما تقتضيه قاعده اليد و الضمان.

(٢) على ما يقتضيه عقد المضاربه، حيث قد عرفت ان مقتضاه كون رأس المال محفوظا بمعنى إرجاعه إلى المالك و الاشتراك فى الربح خاصه.

(٣) قد عرفت فيما تقدم ان جبر الخسران بالربح إنما يختص بفرض بقاء عقد المضاربه و أما بعد ارتفاعه و استقرار ملكيه كل من المالك و العامل على ماله و حصته فلا وجه للتدارك بالمره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١٥٤

يجوز للمالك ان يسترد بعض مال المضاربه فى الأثناء (١)،

---

(١) فإنه ماله و ملكه و العقد جائز، فله التصرف فيه كيف ما يشاء.

و الاشكال عليه: بان العقد الواحد كيف يجوز فسخه فى بعضه دون بعض، و الحال انه لم يلتزم الفقهاء به فى باب الخيارات.

مدفوع: بالفرق بين المقامين: إذ الجواز قد يكون حقيا- كالخيارات- حيث يكون العقد بطبعه الأولى لازما، لكن الشارع يجعل الخيار لهما أو لأحدهما ابتداء- كخيار المجلس- أو إمضاء لجعل البائعين- كخيار الشرط.

و قد يكون حكميا حيث يكون العقد بطبعه الأولى جائزا، كالهبه و الوديعه و العاريه و المضاربه إلى غيرها من العقود الجائزه.

ففى الأول حيث أن ظاهر الدليل تعلق الخيار بالعقد على ما وقع عليه لا أبعاضه بما هى، فليس لمن له الخيار التبعيض، بل اما ان يفسخ فى الجميع أو يلتزم به، فإن الإنشاء واحد- و ان كان البيع منحلا إلى بيوع متعدده- و ظاهر

دليل الخيار ثبوت الحق له فى فسخ ما أنشأ. و من هنا فلا يجوز له التبعيض.

و بالجمله: فدليل الخيار قاصر الشمول للفسخ فى البعض خاصه.

و هذا بخلاف الثانى، فإن العقد لما كان منحلا إلى عقود متعدده كان جواز الفسخ فى البعض على القاعده، فإن كل عقد من هذه العقود جائز فى حد نفسه و له الفسخ بأى مقدار شاء لإطلاق الدليل.

و الحاصل: ان قياس ما نحن فيه على باب الخيارات قياس مع

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۵۵

و لكن تبطل بالنسبه اليه، و تبقى بالنسبه إلى البقيه (۱) و تكون رأس المال، و حينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبه إلى رأس المال مقدارا من البقيه، ثم اتجر العامل بالبقيه أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح جابرا للخسران أو التلف السابق بتمامه (۲). مثلا- إذا كان رأس المال مائه فتلف منها عشره أو خسر عشره و بقى تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشره و بقيت ثمانون، فرأس المال تسعون، و إذا اتجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشره الحاصله ربحا تجبر تلك العشره، و لا يبقى للعامل شى ء. و كذا إذا أخذ المالك

الفارق، فان العقد فى المقام جائز فى حد نفسه و المالك مسلط على ماله غايه الأمر انه اذن للغير فى التصرف فيه، فله رفع إذنه فى أى مقدار منه شاء، كما هو الحال فى الوكاله.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ۱، ص: ۱۵۵

(۱) قد عرفت وجهه مما تقدم.

(۲) لأن عقد المضاربه من الأول مبنى على وصول

رأس المـال المـدفوع إلى العامـل بتمـامه إلى المالـک و من دون ورود أى نقص عليه مـع فرض مـا يمکنه جـبره سـواء أ کـانت التجاره بجميع رأس المال أم بعضه.

و بعباره أخرى: ان مقتضـى أصل عقـد المضاربه رجوع ما يـدفعه المالک بعنوان رأس المال اليه من غير نقص فيه، حتى و لو لم تکن التجاره بکل ذلک المال، بل و مع الفسخ فى بعضه و انحصار المضاربه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۵۶

بعد ما حصل الربح مقدارا من المال (۱)، سواء کان بعنوان استرداد بعض رأس المال، أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين، ثم اتجر العامل بالباقى أو ببعضه، فحصل خسران أو تلف، يجبر بالربح السابق بتمامه، حتى المقدار الشائع منه فى الذى أخـذه المالک و لا يختص الجبر بما عداه، حتى يکون مقدار حصه العامل منه باقيا له. مثلا إذا کان رأس المال مائه فربح عشـره ثم أخذ المالک عشـره ثم اتجر العامل بالبقيه فخسـر عشـره أو تلف منه عشره، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه فى العشـره المـأخوذه، فلاـ يبقى للعامـل من الربـح السـابق شـى ء. و على ما ذکرنا فلا وجه لما ذکره المحقق و تبعه غيره من أن الربـح اللاحق لا يجبر مقدار الخسـران الذى ورد على العشـره المأخوذه، لبطلان المضاربه بالنسـبه إليها، فمقدار الخسـران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقى بعد خسران العشره فى

فى الباقى، لأنه لا يعنى عدم کون المضاربه الأصليه مبنيه على رجوع رأس المال بتمامه اليه حتى على تقدير استرداده للبعض.

(۱) و فيه ما لا يخفى، فإنه لا وجه للجبران فى المقام، نظرا إلى ان ما يأخذه المالک

إن كان بعنوان استرداد بعض المال، فهو فسخ للمعامله بالنسبه إلى ذلك المقدار، فينحصر رأس المال بالباقى

المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصه خساره العشره المأخوذه، و هو واحد و تسع، فيكون رأس المال الباقى تسعين إلا واحد و تسع، و هى تسعه و ثمانون الا تسع، و كذا لا وجه لما ذكره بعضهم فى الفرض الثانى أن مقدار الربح الشائع فى العشره التى أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، و ان حصه العامل منه يبقى له و يجب على المالك رده اليه (۱) فاللازم فى

لا محاله. و حينئذ يكون العامل مالكا لحصته من الربح فى ذلك المقدار، و معه لا وجه لجبران ما يطرء من الخساره على رأس المال الجديد. فان الفسخ موجب لاستقرار ملكه فيه كما هو الحال فى فسخ العقد فى الجميع.

و ان كان بعنوان كونه من مجموع رأس المال و الربح، فالأمر كذلك، إذ الربح الحاصل عند الفسخ فى البعض ينقسم على ذلك و الباقى بالنسبه، و معه يكون للعامل حصه فيما أخذه المالك لا محاله و يعتبر ذلك دينا فى ذمته.

و عليه: فإذا خسرت المعامله فى الباقى بعد ذلك لم يكن وجه لإرجاع ما ملكه العامل و أقرضه للمالك إلى رأس المال و جبر الخساره به.

و الحاصل: انه لا وجه لجبران الخسران اللاحق بالربح السابق على الفسخ، بلا فرق فيه بين كون الفسخ فى الكل أو البعض.

(۱) لكنك قد عرفت انه الصحيح و لا مناص من الالتزام به.

المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقا انه لو حصل

ربح و اقتسماه فی الأثناء و أخذ کل حصته منه ثم حصل خسران، أنه یسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل و لو کان الخسران بعد الفسخ (١) قبل القسمه، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض و قلنا بوجوب الإنضاض علی العامل (٢) و انه من تتمات المضاربه.

[(مسأله ۴٨): إذا کانت المضاربه فاسده]

(مسأله ۴٨): إذا کانت المضاربه فاسده، فإما ان یکون مع جهلهما بالفساد أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر. فعلی کل التقادیر الربح بتمامه للمالک، لإذنه فی التجارات (٣) و ان کانت مضاربته باطله. نعم لو کان

---

(١) إلا إنک قد عرفت فیما مضی انه لا وجه للجبران، لا سیما إذا کانت الخساره بعد القسمه حیث یستقر ملک کل منهما علی ما فی یده.

(٢) ظاهر کلامه (قده) فی المقام اناطه تدارک الخسران بوجوب الإنضاض علی العامل بحیث لو لم نقل به لما وجب التدارک، و هو ینافی ما تقدم منه (قده) فی الفرع الخامس من المسأله السادسه و الأربعین من عدم کونه منوطا به حیث اختار (قده) عدم وجوب الإنضاض علی العامل و مع ذلک قال بوجوب التدارک علیه.

(٣) و هو یکفی فی صحتها، حیث أنها لا تتوقف علی صحه عقد

الأذن مقیدا بالمضاربه توقف ذلک علی إجازته (١)، و الا فالمعاملات الواقعه باطله (٢). و علی عدم التقید أو الإجازه یستحق العامل مع جهلهما لأجره عمله (٣). و هل یضمن عوض ما أنفقه فی السفر علی نفسه، لتبین عدم استحقاقه النفقه، أولا، لأن المالک سلطه علی الإنفاق مجانا؟

وجهان، أقواهما الأول (۴) و لا یضمن التلف و النقص (۵)

المضاربه، إذ الذی یتوقف علیها إنما هو استحقاق العامل للحصه المعینه من الربح.

(١)

على ما تقتضيه القاعده فى العقد الفضولى.

(٢) لفقدانها الأذن و الإجازه معا.

(٣) لاستيفاء المالك عمل الغير الصادر عن أمره لا على نحو المجانيه فإنه موجب لضمانه له بدفع بدله- أعنى أجره المثل- على ما تقتضيه السيره القطعيه على تفصيل فى المقام يأتى.

(۴) بل الثانى، فان إذن المالك له بالسفر و الصرف من ماله لما لم يكن مقيدا بصحه عقد المضاربه، كان مقتضى القاعده عدم الضمان، إذ الضمان إنما يختص بفرض التصرف فيه بالتعدى أو التفريط و هو مفقود. و فى المقام تفصيل ستعرفه.

(۵) ظاهر عبارته (قده) ترتب الأحكام الثلاثه- استحقاق أجره المثل و عدم ضمانه لما أنفقه فى السفر على نفسه و عدم ضمانه للتلف و النقص- على فرضى عدم كون الأذن فى المعاملات مقيدا بصحه عقد المضاربه. و التقييد مع أجازته للمعاملات بعد ذلك معا

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۶۰

....

و من دون فرق بينهما.

إلا ان الظاهر هو التفصيل بين الفرضين.

فعلى الأول: يستحق العامل أجره المثل قطعا، لاستيفاء المالك عمل مسلم محترم صادر عن أمره من دون قصد التبرع و المجانيه، على ما تقتضيه السيره القطعيه الممضاه من قبل الشارع المقدس، حيث لم يرد الردع عنها.

كما لا يضمن العامل ما أنفقه على نفسه فى سفره، حيث أنه قد صدر عن إذنه و أجازته و ان كان عقد المضاربه فاسدا.

و عليه فلا موجب لحكمه (قده) بالضمان، فإنه لو كان العقد صحيحا لما كان فيه ضمان، ففاسده يكون كذلك لنفس الملاك أعنى صدوره عن إذنه.

و منه يظهر الحال فيما يتلف فى يد العامل من الأموال، فإنه لا موجب للحكم بالضمان بعد كون هذه الأموال امانه فى يده، و لم يكن العامل متعديا أو مفرطا.

و على

الثانی: بحیث لو لا ـ الإجازه المتأخره لبطلت المعاملات الصادره من العامل، فحکم هذه الصور حکم باقی العقود الفضولیه، فلا یستحق العامل شیئا من الربح و لا ـ أجره المثل، باعتبار ان المالک لم یأمره بشی ء بل و لم یستوف من عمله شیئا، و إنما هو استوفی الربح بعمل نفسه بإجازته للعقد.

و من هنا فحکمه (قده) باستحقاقه لأجره المثل حتی فی هذه الصوره- علی ما یظهر من عبارته- لا یمکن المساعده علیه.

و کذا الحال فیما صرفه العامل فی سفره، فإنه لا موجب لحسابه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۶۱

و کذا الحال إذا کان المالک عالما دون العامل (۱) فإنه یستحق الأجره، و لا یضمن التلف و النقص و ان کانا عالمین أو کان العامل عالما دون المالک، فلا أجره له، لإقدامه علی العمل مع علمه بعدم صحه المعامله (۲) و ربما یحتمل فی صوره علمهما أنه یستحق حصته من الربح من باب الجعاله. و فیه: أن المفروض عدم قصدها (۳) کما أنه ربما یحتمل استحقاقه أجره المثل إذا اعتقد أنه یستحقها

علی المالک بعد أن لم یکن کل ذلک باذن منه.

و منه یظهر الحال فیما یتلف فی ید العامل. فإنه ضامن له لا محاله بعد إن لم تکن یده ید امانه، حیث ان المالک لم یأذن له فی التصرف مطلقا، و إنما أذن له فیه مقیدا بصحه عقد المضاربه، فإذا انتفی القید کان المقید مثله.

(۱) یظهر الحال فیه مما تقدم، فان الکلام فی هذا الفرض هو الکلام فی الفرض السابق من حیث الأدله و التفصیل حرفا بحرف.

(۲) لکنک قد عرفت غیر مره ان العلم بالفساد شرعا لا یلازم الإتیان بالعمل مجانا و بغیر عوض، فان العامل قاصد

للعوض و ان كان يعلم بان الشارع لم يمضه. و مقتضى السيره العقلائيه القطعيه.

اقتضاء استيفاء عمل الغير الصادر عن أمره للضمان مطلقا علم العامل بالفساد أو جهل، فإن العبره فى عدم الضمان إنما هو بالتبرع به و هو غير متحقق.

(٣) ظاهر هذا التعليل ان عدم الاستحقاق ناش من عدم القصد

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ١۶٢

مع الفساد، و له وجه (١) و ان كان الأقوى خلافه. هذا كله إذا حصل ربح و لو قليلا، و أما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجره و لو مع الجهل مشكل (٢)، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح.

إلى الجعاله و فيه: انه لا اثر للقصد و عدمه، و ذلك لما تقدم مرارا من عدم صحه تمليك الإنسان ما لا يملكه بالفعل إلا ما خرج بالدليل إذ ليس له- بالفعل- مال و ملك كى ينقله إلى غيره و يجعله هو المالك.

و عليه: فحيث لا دليل على صحته فى الجعاله، فلا بد فى الجعل من كونه مالا مملوكا للجاعل فى الخارج أو فى الذمه بالفعل، و لما لم يكن الربح من هذا القبيل حيث لا وجود له حين الجعل، فلا يصلح للجعل سواء تحقق القصد إلى الجعاله أم لم يتحقق.

فالبطلان غير ناش من جهه عدم قصده لها فى عقد المضاربه، فإنه باطل حتى مع القصد.

على انه قد تقدم ان المضاربه عين الجعاله و ليست شيئا فى قبالها نعم تمتاز هى عن سائر أفراد الجعاله بالصحه مع مجهوليه الجعل.

(١) عرفته فيما تقدم.

(٢) الظاهر انه لا ينبغى الإشكال فى عدم استحقاق العامل للأجره فى الفرض، و ذلك لأن الضمان فى هذه الموارد لم يثبت بدليل لفظى كى يتمسك بإطلاقه

فی إثبات أجره المثل فی مثل المورد أیضا، و إنما هو قد ثبت بالسیره العقلائیه القائمه علی اقتضاء الأمر بعمل ذی أجره

و علی هـذا ففی صوره حصوله أیضـا یسـتحق أقـل الأـمرین من مقـدار الربـح و أجره المثل (۱) لکن الأـقوی خلاـفه، لأن رضاه بذلک کان مقیدا بالمضاربه (۲) و مراعاه الاحتیاط فی هذا و بعض الصور المتقدمه أولی.

لا مجانا لثبوتها فی ذمه الآمر.

و من هنـا یکون المتبع فی الحکم هی السـیره القطعیه، و حیث أنه لاـ ینبغی الشـک فی عـدم ثبوت شـی ء علی الآـمر غیره بعمل مجانا و من غیر أجره مطلقا أو علی تقـدیر دون تقـدیر، سواء أقصد العامل التبرع أیضا أم لم یقصده، إذ لا أثر لقصده، فلا ینبغی الإشـکال فی عدم ثبوت الأجره للعامل فی المقام، فان المالک إنما جعل له الحصه من الربح- علی تقدیر تحققه- و لم یجعل له شیئا من ماله الخاص، و هو إنما یعنی أن المالک انما أمره بالعمل- علی تقـدیر عـدم الربح- مجانا و بغیر عوض و معه فلا یکون وجه للضمان.

و الحاصل: ان الضـمان إنما یثبت عنـد الأمر بالعمل لا مجانا، و أما مع کون الأمر به مقیـدا بالمجانیه و لو علی تقدیر- علی فرض تحققه- فلا موجب للضمان.

(۱) ظهر وجهه ممـا تقـدم، فإن الأمر إنما یقتضـی الضـمان بالمقـدار الـذی التزم به الآمر و أما الزائـد عنه فلا دلیل علیه. و أما مع زیاده الأجره عن الحصه فلاقدام العامل علی العمل علی ان لا یستحق الزائد عن هذا المقدار.

(۲) إلا انک قد عرفت ان العبره إنما هی بما التزم به الآمر علی نفسه، لا برضا العامل و عدمه

على اننا لو التزمنا بكون رضا العامل

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۶۴

[(مسأله ۴۹): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربه و أنكر و لم يكن للمدعى بينه]

(مسأله ۴۹): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربه و أنكر و لم يكن للمدعى بينه، فالقول قول المنكر مع اليمين (۱).

[(مسأله ۵۰): إذا تنازع المالک و العامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل]

(مسأله ۵۰): إذا تنازع المالک و العامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينه (۲)، من غير فرق بين كون المال موجودا أو تالفا مع ضمان العامل، لأصاله عدم إعطائه أزيد مما يقوله و أصاله براءه ذمته إذا كان تالفا بالأزيد. هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح، كما

مقيدا بصحه المضاربه لكان لازمه القول بعدم استحقاق العامل شيئا بالمره، لأن كون رضا العامل مقيدا بها يستلزم كون رضا المالک و أمره له مقيدا بها أيضا، و هذا يعنى فساد جميع العقود الصادره منه لكونه فضوليا و توقف صحتها على الإجازه، فإذا أجاز صحت المعاملات بها و معه فلا يستحق العامل شيئا من الربح أو أجره المثل- على ما تقدم.

(۱) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فإن أقام المدعى البينه فهو و الا فله إحلاف المنكر، فان حلف فهو، و إن نكل عن اليمين و لم يردها على المالک أيضا ألزم بدفع المال إن كانت عينا معينه و إلا فبدله.

(۲) لما تقدم.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۶۵

إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذى بيده هو مال المضاربه، إذ حينئذ النزاع فى قله رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قله رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، و على تقدير كثرته بالعكس، و مقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالک إلا

بمقدار ما أقر به للعامل (١) و على هذا أيضا لا فرق بين كون المال باقيا أو تالفا بضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالک إلا كذا مقدارا منه، فإذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذى للمالک.

[(مسأله ۵۱): لو ادعى المالک على العامل انه خان أو فرط فى الحفظ فتلف]

(مسأله ۵۱): لو ادعى المالک على العامل انه خان أو فرط فى الحفظ فتلف أو شرط عليه أن لا يشترى الجنس

---

(١) و لا- يرد عليه: ان العامل ذو اليد حيث ان المال بأجمعه فى يده بالفعل و مقتضى القاعده كونه بأجمعه له إلا- ما أقر به للمالک.

فإنه إنما يتم فيما إذا لم يكن ذو اليد معترفا بانتقاله اليه من المالک، و أما معه فلا أثر لليد، حيث ينقلب المدعى منكرا و المنكر مدعيا، فيلزم بالإثبات و الا فالمال للمالک بمقتضى اعترافه، و لا يستحق إلا ما يقر به المالک.

نعم للعامل إحلاف المالک فى الفرض على ما تقتضيه قواعد القضاء.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ۱۶۶

الفلانى، أو لا- يبيع من زيد أو نحو ذلک، فالقول قول العامل فى عدم الخيانه و التفريط، و عدم شرط المالک عليه الشرط الكذائى (١) و المفروض أن مع عدم الشرط يكون مختارا فى الشراء و فى البيع من أى شخص أراد.

نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالک- كما لو سافر أو باع بالنسيه و ادعى الأذن من المالک فالقول

---

(١) فيه اشكال بل منع، و ذلک لما ذكرناه فى مبحث الإطلاق و التقييد من المباحث الأصوليه من ان النسبه بين الإطلاق و التقييد بحسب مقام الثبوت هو التضاد حيث ان الإهمال أمر غير معقول، فان المنشئ إذا التفت الى انقسام متعلق حكمه أو موضوعه، فاما ان

يكون لإحدى تلك الخصوصيات الموجبه للانقسام دخل فى ثبوت ذلك الحكم المنشأ أو لا يكون، و لا ثالث لهما لامتناع ارتفاع النقيضين.

و الأول هو المقيد و يسمى بالطبيعه بشرط شى ء ان كان القيد وجوديا، و الطبيعه بشرط لا إن كان عدميا، و الثانى هو المطلق و يسمى بالطبيعه لا بشرط القسمى. و الإهمال غير معقول لاستحاله ارتفاع النقيضين.

و بعباره أخرى: ان حال الآمر لا يخلو بحسب الواقع إما من لحاظ الطبيعه الساريه أو لحاظ الطبيعه المقيده ببعض الخصوصيات الوجوديه أو العدميه، و من هنا فتكون النسبه بينهما هى نسبه التضاد حيث ان كلا منهما- لحاظ الدخل و لحاظ عدمه- أمر وجودى.

و أما بحسب مقام الإثبات فالنسبه بينهما إنما هى نسبه العدم و الملكه فإن المتكلم ان لم يكن فى مقام البيان فالقضيه مجمله مهمله، لا مطلقه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۶۷

....

و لا مقيده، و ان كان فى مقام البيان، فان ذكر القيد فالقضيه مقيده و الا فهى مطلقه.

ثم ان الإطلاق فى هذا المقام يكشف عن عدم التقيد فى مقام الثبوت و كون مراده هى الطبيعه الساريه، و الا لكان متكلما على خلاف ما هو المتعارف لدى الناس فى مقام التفاهم.

و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون النسبه بينهما بحسب هذا المقام هو العدم و الملكه، فإن الإطلاق عباره عن عدم تقيد ما هو قابل للتقيد.

و من هنا: فما ذكر فى كلمات الأصحاب من كون المقابله بينهما من تقابل العدم و الملكه، صحيح لكنه بالقياس إلى مقام الإثبات فقط و على ضوء هذا ففيما نحن فيه:- إذا اعترف المالك يكون عقد المضاربه حين وقوعه مطلقا كشف ذلك عن إطلاقه فى مقام الثبوت أيضا، فإن

ادعى انه قد منع العامل بعد ذلك عن الاتجار بنحو معين بحيث يكون مقيدا منفصلا و رافعا لحجيه ظهور ذلك الإطلاق- مع بقاء أصل الظهور على حاله- و أنكر العامل ذلك. فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول العامل.

فإن إطلاق كلامه- بمقتضى اعترافه- حجه عليه ما لم يثبت أنه أقام حجه أخرى.

لكن الظاهر انه (قده) لا ينظر إلى فرض دعوى قيام الحجه المنفصله، و انه ناظر إلى فرض دعوى الحجه المتصله، بمعنى ادعاء المالك لمنع العامل عن التجاره المعينه حين المضاربه، و خيانه العامل بمخالفته لذلك. و إنكار العامل لذلك.

و فى هذا الفرض لا يتم ما أفاده (قده) حيث ان العامل حينئذ

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۶۸

قول المالك فى عدم الأذن (۱).

و الحاصل: ان العامل لو ادعى الأذن فيما لا يجوز إلا بالإذن قدم فيه قول المالك المنكر، و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع قدم قول العامل المنكر له.

يدعى الإطلاق و المالك يدعى التقييد، و فى مثله لا يمكن تقديم قول العامل لأنه مدع أيضا لأن أصاله عدم التقييد، ان أريد بها استصحاب العدم الأزلى- لو قلنا به كما هو الصحيح- فلا أثر له فى المقام حيث لا يثبت الإطلاق. و ان أريد بها أصاله الإطلاق الثابته ببناء العقلاء فلا مورد لها فى المقام، فإنها إنما تجرى فيما إذا أحرز الإطلاق فى مقام الإثبات و كان الشک فى مطابقه مقام الثبوت له، فلا تجرى فى فرض الشک فى أصل ثبوت الإطلاق.

و الحاصل: انه بعد الشک فى الإطلاق و التقييد فى المقام لا وجه لإثبات الأذن من المالک ما لم يثبت هو التقيد، لما عرفت من أنهما من المتضادين، بل

لا بد على العامل من إثبات ذلک و الا فهو له ضامن.

ثم ان هذا الکلام لا یختص بالمقام بل یجری فی موارد کثیره منها الوقف إذا شک فی عمومه و خصوصه، فإنه لا بد من الاقتصار علی القدر المتیقن ما لم یعلم ان الصادر من المنشأ هو المطلق.

(۱) حیث ان العامل مدع و المالک منکر، و القول قول المنکر ما لم یثبت المدعی دعواه بالبینه أو حلف الیمین المردوده.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۶۹

[(مسأله ۵۲): لو ادعی العامل التلف و أنکر المالک قدم قول العامل لأنه أمین]

(مسأله ۵۲): لو ادعی العامل التلف و أنکر المالک قدم قول العامل لأنه أمین (۱) سواء کان بأمر ظاهر أو

---

(۱) تقدم التعرض لهذه المسأله فی مسائل تنازع المالک و المستأجر من کتاب الإجاره، و حیث انها لا تخلو عن غموض فلا بأس بإعاده التعرض لها ثانیا لبیان ما هو الحق فی المقام و یقتضیه التحقیق جلیا.

فنقول:

لهذه المسأله صور أربع:- الأولی: ما إذا کان العامل غیر مأمون و ادعی تلف المال بغیر تفریط حتی ینفی عن نفسه الضمان للمالک، و ادعی المالک فی قباله إتلافه للمال عمدا أو تفریطه فی تلفه أو عدم تلفه أصلا، فطالبه بالعین أو ببدلها.

و المشهور- فی هذه الصوره- بل ادعی علیه الإجماع، انه لیس علی العامل إلا الیمین و علی المالک المدعی للضمان إقامه البینه علی خلاف ما یدعیه العامل.

غیر ان الشهید الثانی (قده) نسب فی المسالک إلی المشهور مطالبه العامل بالبینه.

أقول: لا یخفی ان الموافق لقواعد القضاء و عمومات کون البینه علی المدعی و الیمین علی من ادعی علیه، هو ما ادعی علیه الإجماع نظرا لکون المالک هو المدعی للضمان علی العامل.

إلا ان المستفاد من النصوص الخاصه کون المطالب بالبینه فی محل الکلام هو العامل.

و

عليه فيتعين رفع اليد عن العمومات و الحكم بإلزام العامل بالبينه

....

بيان ذلك: ان الروايات الوارده فى المقام على ثلاث طوائف:- الطائفه الأولى:- ما دل على ضمان العامل و انه لا بد له فى دفع الضمان عن نفسه من إثبات مدعاه. و هى عده روايات:

منها: صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع): (قال: فى الغسال و الصبّاغ ما سرق منهم من شى ء فلم يخرج منه على أمر بين انه سرق و كل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شى ء و ان لم يقم البينه و زعم انه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينه على قوله) «۱».

و منها: صحيحه ابن مسكان عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه. قال: فعليه ان يقيم البينه أنه سرق من بين متاعه و ليس عليه شى ء، فان سرق متاعه كله فليس عليه شى ء) «۲».

و منها: معتبره السكونى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطا على أمتعه الناس) «۳».

و منها: صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (سئل عن رجل جمّال استكرى منه إبلا و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه، فقال: إن شاء أخذ

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۵.

(۳) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۶.

....

الزيت و قال انه انخرق و لكنه لا يصدق إلا ببينه عادله) «۱».

و منها: صحيحته عنه (ع) أيضا: (فى رجل حمل مع رجل فى سفينته طعاما فنقص. قال هو ضامن. الحديث) «۲» و نحوها غيرها.

فان هذه الروايات المعتبره تدل و بوضوح على ضمان العامل فى فرض دعواه التلف ما لم يقم بينه عادله على صدق ما يقوله.

الطائفه الثانيه:- ما دل على عدم ضمان العامل عند دعواه التلف و هى عده روايات.

منها: معتبره يونس قال: (سألت الرضا (ع) عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح إلا أن يضمنوا) «۳».

و هذه الروايه معتبره سندا و ان كان فى طريقها إسماعيل بن مرار فإنه ثقه على الأصح لوروده فى اسناد تفسير على بن إبراهيم، و قد دلت على عدم تضمين العامل مطلقا إلا ان يشترط عليه الضمان فى ضمن العقد.

و منها: صحيحه معاويه بن عمار عن أبى عبد اللّه (ع) قال:

(سألته عن الصبّاغ و القصار، فقال: ليس يضمنان) «۴».

الطائفه الثالثه:- ما دل على التفصيل بين المتهم و غيره حيث يضمن الأول دون الثانى و هى عده روايات أيضا:

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۲.

(۳) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۹.

(۴) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۱۴.

....

منها: صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (كان أمير المؤمنين (ع) يضمن القصار و الصائغ احتياطا للناس، و كان أبى يتطول عليه إذا كان مأمونا) «۱».

حيث دلت على تضمينه (ع) لمن لم يكن مأمونا.

و منها: معتبره أبى

بصير عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (كان على (ع) يضمن القصار و الصائغ يحتاط به على أموال الناس، و كان أبو جعفر (ع) يتفضل عليه إذا كان مأمونا) «۲».

و هى فى الدلاله كسابقتها.

و منها: صحيحه جعفر بن عثمان- الرواسى الثقه- قال: (حمل أبى متاعا إلى الشام مع جمال فذكر ان حملا منه ضاع، فذكرت ذلك لأبى عبد اللّه (ع)، فقال: أ تتهمه؟ قلت: لا، قال: فلا تضمنه) «۳».

و هى تدلنا بمنطوقها و مفهومها على ان التضمين إنما يختص بصوره الاتهام و لا يثبت فى غيرها.

و منها: معتبره أبى بصير عن أبى عبد اللّه (ع): (فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه، قال: إن كان مأمونا فليس عليه شى ء، و ان كان غير مأمون فهو ضامن) «۴».

و لا إشكال فى أن السؤال فى هذه المعتبره إنما هو عن حكم التلف

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۴.

(۲) الوسائل: ج ۱۲ باب ۲۹ من أبواب أحكام الإجاره ح ۱۲.

(۳) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۶.

(۴) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۷.

....

و الا فلا فرق فى ضمان المتلف بين المأمون و غيره جزما.

و مما يؤيد هذه الطائفه روايه خالد بن الحجاج- كما فى الكافى- أو الحجال- كما فى التهذيب- قال: (سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص، قال: إن كان مأمونا فلا تضمنه) «۱».

فإنها و إن كانت صريحه فى المدعى إلا انها قاصره من حيث السند، فان خالد بن الحجال لا وجود له على الإطلاق لا فى كتب الرجال و

لا فی کتب الحدیث ما عدا نسخه التهذیب من هذه الروایه.

و المظنون قویا وقوع التحریف فیها و الصحیح ما فی الکافی فإن الکلینی أضبط فی النقل، و خالد بن الحجاج لم یوثق.

و من هنا: فلا تصلح هذه الروایه إلا لتأیید هذه الطائفه.

ثم ان الطائفتین الأولیین و إن کانتا متعارضتین بالتباین حیث دلت الأولی علی الضمان فی حین صرحت الثانیه بعدمه، إلا ان الطائفه الثالثه تقید کلا منهما و بذلک یرتفع التعارض بینهما و تکون النتیجه عدم ضمان العامل فیما إذا کان مأمونا من غیر ان یطلب منه الإثبات بإقامه البینه علی دعواه، بخلاف ما إذا کان متهما حیث یطالب بإثبات ما ادعاه و إلا تعین الضمان علیه.

بقی الکلام فی انه هل للمالک فی فرض کون العامل متهما مطالبته بالحلف بدلا عن مطالبته بالبینه؟

و بعباره أخری: هل المالک فی صوره اتهام العامل مخیر بین مطالبته بإقامه البینه علی التلف و بین مطالبته بالحلف علیه. أم أنه

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحکام الإجاره ح ۳.

....

لیس للمالک إلا مطالبه العامل بالإثبات؟

الظاهر هو الأول و ذلک لوجوه:- الأول: ان جواز مطالبه المالک العامل بالبینه حق له و له ان یرفع الید عنه و یرضی بحلفه بدلا عنه.

نعم لا یترتب علی هذا الوجه إلزامه العامل بالحلف، فان للعامل الامتناع عنه و اقامه البینه علی ما یدعیه.

الثانی: عمومات ما دل علی ان البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه فإنها غیر قاصره عن شمول محل الکلام، لأنها و ان خصصت فیه بالنسبه إلی مطالبه المدعی بالبینه، حیث دلت النصوص الخاصه علی مطالبتها من المدعی علیه، إلا انها لم تدل علی

عدم جواز مطالبه الحلف منه، فتبقى العمومات على حالها و سليمه عن المخصص من هذه الناحيه، و بذلك فيثبت للمالك مطالبه العامل باليمين.

نعم يختص هذا الوجه بما إذا كان المالك مدعيا لخلاف ما يدعيه العامل جزما و الا فليس له حق الدعوى عليه بمقتضى العموما.

الثالث: صحيحه أبى بصير يعنى المرادى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين فيخوفون بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا.

الحديث) «۱».

وجه الدلاله: ان جمله «و يستحلف» معطوفه على جمله «فيخوف» فتدل الصحيحه انه كما يخوف العامل بالبينه يطلب منه اليمين.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۱۱.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۷۵

....

بل لو كنا نحن و هذه الصحيحه لحكمنا بان وظيفه العامل هو الحلف فقط، لكننا و بلحاظ الروايات السابقه نحكم بتخيير المالك بين مطالبه البينه و الحلف.

و أما ما تقدم منا فى كتاب الإجاره من المناقشه فى دلاله الصحيحه على جواز الاستحلاف، فلم يكن فى محله و الظاهر هو التخيير كما عرفت.

و مما يؤيد ذلک ما رواه الشيخ بإسناده عن بكر بن حبيب قال:

(قلت لأبى عبد الله (ع). أعطيت جبه إلى القصار فذهب بزعمه قال: ان تتهمه فاستحلفه، و ان لم تتهمه فليس عليه شى ء) «۱».

و ما رواه أيضا عنه عن أبى عبد اللّه (ع) قال: (لا يضمن القصار إلا ما جنت يده و ان اتهمته أحلفته) «۲».

الصوره الثانيه:- ما إذا كان العامل غير مأمون و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالک عليه شيئا لعدم جزمه بكذب العامل فى دعواه و احتمال صدقه.

و فيها لو كنا نحن و لم تكن

الروايات الخاصه المتقدمه لحكمنا بعدم ضمان العامل حيث لا يدعى المالك عليه الضمان.

غير ان الروايات الخاصه المتقدمه و الداله على ضمان العامل إذا كان متهما فى نفسه و غير مأمون غير قاصره الشمول عن هذه الصوره.

و عليه فيكون حكمها حكم سابقتها فى تخير المالك بين مطالبه العامل بالبينه أو اليمين و الا فالعامل ضامن للمال.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۱۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۲ باب ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره ح ۱۷.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۷۶

خفى، و كذا لو ادعى الخساره، أو ادعى عدم الربح (۱) أو ادعى حصول المطالبات فى النسيئه مع فرض كونه

الصوره الثالثه: ما إذا كان العامل مأمونا و ادعى التلف بغير تفريط و لم يدع المالك عليه شيئا.

و فيها لا إشكال فى عدم ضمان العامل و انه لا يلزم بشى ء من الحلف أو إقامه البينه إذ لا مقتضى لشى ء منهما بعد عدم توجه دعوى اليه من قبل المالك، بل الروايات المتقدمه واضحه الدلاله على عدم التضمين فى هذه الصوره.

الصوره الرابعه:- ما إذا كان العامل مأمونا فى نفسه و ادعى التلف بغير تفريط إلا ان المالك اتهمه و ادعى عليه الإتلاف أو التلف بتعد أو تفريط.

و فيها يكون المالك هو المطالب بالبينه، إلا ان له إحلاف العامل على ما تقتضيه موازين القضاء.

و ما تقدم من الروايات الداله على التضمين قاصره الشمول لمثل هذه الصوره، مضافا إلى ان صحيحه جعفر بن عثمان المتقدمه دلت على جواز التضمين فى فرض الاتهام.

(۱) فى خصوص الفرض حيث يكون التنازع فى أمر زائد عن رأس المال، فللمالك اقامه الدعوى إن كان جازما بما يدعيه، إذ بدونه ليس له حق الدعوى.

و

علیه فـان أقـام البینه فهو و الاـ فله إحلاـف العامل فان حلف فهو و الا فله رده علی المالک و الا ألزم به- علی ما تقتضـیه موازین القضاء.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۷۷

مأذونا فی البیع بالـدین و لا فرق فی سـماع قوله بین أن یکون الـدعوی قبل فسخ المضاربه أو بعده (۱). نعم لو ادعی بعد الفسخ التلف بعـده ففی سـماع قوله لبقاء أمانته، و عدمه لخروجه بعده عن کونه أمینا، وجهان (۲) و لو أقر بحصول الربـح ثم بعد ذلک ادعی التلف أو الخساره، و قال إنی اشتبهت فی حصوله، لم یسمع منه، لأنه رجوع عن إقراره الأول (۳) و لکن لو قال: ربحت ثم تلف، أو

---

(۱) لإطلاق الأدله.

(۲) أظهرهمـا الأول، إذ لم یظهر وجه خروج یـده عن الأمانه فإن المالک هو الـذی سـلمه المال و سـلطه علیه لیکون امانه عنـده حتی یرده الیه، و مقتضاه کونه کذلک حتی بعد الفسخ و قبل الرد.

نعم لو طالبه المالک به و امتنع خرجت یده عن الأمانه و اتصفت بالعدوان لا محاله، إلا انه خلاف المفروض فی المقام.

(۳) فی کون هـذا رجوعا عن الإقرار السابق اشـکال بل منع فإنه لیس من الإنکار بعد الإقرار حیث لا یتحد مورده مع ما ورد علیه الإنکار، و إنما هو من الـدعوی علی خلاف ظاهر الکلام فان ظاهر کل کلام صادر من عاقل شاعر ملتفت هو صـدوره عن جد و من غیر غلط فیه.

و بعباره أخری: ان دعوی الاشـتباه فی المقام إنما یصـطدم مع ظهور کلامه فی الجد و عدم الغلط، و لا یصطدم مع إقراره السابق إلا ان هذا لا یعنی سماع دعواه فی ذلک، بل لا بد له

من الإثبات

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۷۸

ثم حصلت الخساره، قبل منه (۱).

[(مسأله ۵۳): إذا اختلفا فی مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه]

(مسأله ۵۳): إذا اختلفا فی مقدار حصه العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه قدم قول المالک (۲).

[(مسأله ۵۴): إذا ادعی المالک أنی ضاربتک علی کذا مقدار و أعطیتک]

(مسأله ۵۴): إذا ادعی المالک أنی ضاربتک علی کذا مقدار و أعطیتک، فأنکر أصل المضاربه، أو أنکر تسلیم

نظرا لحجیه ظهور الکلام لدی العقلاء، فإن أثبت سمعت دعواه و إلا فلا.

(۱) إذا لم یکن متهما علی ما تقدم.

(۲) و علی العامل الإثبات- علی ما تقتضیه موازین الدعوی.

و قد یتوهم کون المقام من التداعی، باعتبار ان المتیقن فی استحقاق کل منهما من المال هو ما یعترف الآخر له. فالمتیقن من حصه المالک هو ما یعترف به العامل، و من حصه العامل هو ما یعترف به المالک و یکون الباقی هو محل الخلاف بینهما فکل منهما یدعیه، و بذلک فیکون من التداعی.

إلا أنه فی غایه الضعف، و ذلک لما ذکرناه فی باب القضاء من أن الروایات الوارده فیه علی کثرتها لم تتعرض لتحدید المدعی و المنکر حیث لم یرد فی ذلک و لا نص ضعیف.

و من هنا فلا بد من الرجوع إلی العرف، و مقتضاه کون المطالب بالإثبات هو المدعی و صاحبه المنکر.

و علی ضوء هذا ففیما نحن فیه، تکون الأرباح بأکملها- و بمقتضی قانون تبعیه النماء للعین- للمالک إلا ما أخرجه عنه باختیاره. و حیث

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۷۹

المال إلیه، فأقام المالک بینه علی ذلک، فادعی العامل تلفه لم یسمع منه، و أخذ بإقراره المستفاد من إنکاره الأصل (۱) نعم لو أجاب المالک بأنی لست مشغول الذمه لک بشی ء، ثم بعد الإثبات ادعی التلف، قبل منه، لعدم المنافاه بین

ان المتيقن فيه هو ما يعترف به المالک، فعلى العامل الإثبات فى الزائد عنه. و عليه فلا

مجال للتحالف.

(۱) حيث ان إنكار المضاربه أو تسلم المال، تكذيب لدعواه التلف لأنه فرع تسلمه منه إذ لا يمكن إتلاف المعدوم.

و عليه فللمالک مطالبته بأداء نفس العين لخروج يده عن وصف الأمانه، ما لم يثبت تلفه بالبينه، و الا فينتقل الأمر إلى مطالبه البدل لا محاله لامتناع ردها بنفسها.

هذا و قد يقال: انه لا أثر للبينه فى المقام، نظرا لاعتراف العامل بعدم التلف، فإنه بإنكاره تسلم المال معترف بعدمه لتوقفه عليه، فلا تسمع بينته لأنها لا تكون حجه فى مقابل الإقرار، و عليه فيلزم العامل برد العين و الا فيحبس- على ما هو مقتضى القضاء.

و فيه: ان تكذيبه لنفسه فى دعوى التلف ليس تكذيبا على الإطلاق فإن العامل إنما اعترف بعدم التلف من باب القضيه السالبه بانتفاء الموضوع خاصه، و أما التلف على نحو القضيه السالبه بانتفاء المحمول فلم يعترف به و لم ينكره أيضا. بأن كلامه ساكت عن هذه الناحيه أعنى التلف أو عدمه على تقدير ثبوت أخذه للمال.

و عليه: فاللازم على العامل أولا هو أداء العين بنفسها،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۸۰

الإنكار من الأول و بين دعوى التلف (۱).

[مسأله ۵۵): إذا اختلفا فى صحه المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها]

(مسأله ۵۵): إذا اختلفا فى صحه المضاربه الواقعه بينهما و بطلانها قدم قول مدعى الصحه (۲).

[(مسأله ۵۶): إذا ادعى أحدهما الفسخ فى الأثناء و أنكر الآخر]

(مسأله ۵۶): إذا ادعى أحدهما الفسخ فى الأثناء و أنكر الآخر، قدم قول المنكر (۳) و كل من يقدم قوله

لاستصحاب بقاءها عنده، إلا انه إذا أثبت تلفها بالبينه طولب بالبدل.

و الحاصل: انه ليس معنى عدم سماع قوله مطالبته بالعين مطلقا و على كل تقدير- كما يظهر ذلک من عباره الماتن (قده)- و إنما معناه انه ليس كسائر العملاء فى القول بعدم ضمانه مطلقا- على ما اختاره الماتن (قده)- أو مع عدم التهمه- على ما اخترناه- لأن يده قد خرجت عن الأمانه و اتصفت بالخيانه و العدوان، فلا يقبل قوله إلا مع إقامه البينه على التلف فيطالب ببدلها.

(۱) و حينئذ فيكون الحكم ما تقدم فى المسأله الثانيه و الخمسين، من سماع قوله مطلقا- على ما اختاره الماتن (قده) أو فى خصوص فرض عدم التهمه- على ما اخترناه.

(۲) لأصاله الصحه الثابته عند المتشرعه بلا خلاف و المقتضيه لحمل العقد على الصحه و ترتيب آثارها عليه، ما لم يثبت الطرف الآخر مدعاه.

(۳) أما بالنسبه إلى الحاله الفعليه، فنفس دعوى الفسخ يكفى فى انفساخ العقد، نظير دعوى الزوج الرجوع فى أثناء العده الرجعيه،

فى المسائل المذكوره لا بد له من اليمين (۱).

[(مسأله ۵۷): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالک قدم قول المالک]

(مسأله ۵۷): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالك (۲).

[(مسأله ۵۸): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالک انه اشتراه للمضاربه]

(مسأله ۵۸): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالك انه اشتراه للمضاربه، قدم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربه، و ادعى المالك أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته (۳)، و لأنه

حيث تكون بنفسها رجوعا، و أما بالنسبه إلى المعاملات السابقه، فلا يسمع قول مدعى الفسخ ما لم يثبته بالبينه، و ذلك لاستصحاب بقاءه.

نعم لو ادعى مدعى الفسخ علم الطرف الآخر به كان له إحلافه عليه.

(۱) على ما تقتضيه قواعد القضاء، فان على المدعى البينه و اليمين على من أنكر.

(۲) بيمينه لكونه منكرا.

و قد يقال: بتقديم قول العامل نظرا لكونه أمينا.

إلا انه فى غير محله جدا، فان الدليل على قبول قوله يختص بمورد ادعاه التلف و من هنا فيكون باقى الموارد مشمولا لعموم:

البينه على المدعى و اليمين على من أنكر. و بما أن العامل هو المدعى حيث يعترف بالأخذ و يدعى الرد، فيلزم بالبينه لا محاله.

(۳) للسيره العقلائيه القطعيه. المعبر عنها فى الكلمات بأن من ملك

أمين فيقبل قوله. و الظاهر أن الأمر كـذلك لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربه (١)، بان ادعى أنه اشتراه فى الذمه لنفسه ثم ادى الثمن من مال المضاربه، و لو كان عاصيا فى ذلك.

[(مسأله ۵۹): لو ادعى المالک انه أعطاه المال مضاربه و ادعى القابض أنه أعطاه قرضا، يتحالفان]

(مسأله ۵۹): لو ادعى المالك انه أعطاه المال مضاربه و ادعى القابض أنه أعطاه قرضا، يتحالفان (٢)، فإن

شيئا ملك الإقرار به، باعتبار ان الأمر بيـده فله ان يشترى لنفسه و له أن يشترى للمضاربه فالقول قوله و ليس لـدعوى المالك أثر ما لم يثبته بالبينه.

(١) لكونه أمرا خارجا عن العقد الصادر عنهما. فلا ينافى قبول قوله فى مدعاه.

(٢) و فيه:

ان المقـام ليس من موارد التـداعى كى يثبت التحالف فإنه انما يكون فيما إذا كان كل منهما ملزما للآخر بشـى ء و هو ينكره فلا يعم المقـام حيث يختص الإلـزام بطرف واحـد خـاصه. فـإن المالك لا يلزم العامل بشـى ء و انما يطلب منه المال و ربحه، و انما العامـل يلزمه بـأنه ملكه المـال بـالقرض، فلاـ بـد له من الإثبـات، و الاـ فله إحلاـفه و الاـ فمقتضـى الأصل- و هو كون المال مال المالك. و الربح تابعا له- كونه بجميعه له.

نعم يخرج منه ما يعترف به هو من الحصه.

و الحاصـل: ان المقام من قبيل سائر موارد الـدعاوى، حيث يـدعى العامل انتقال مال الغير اليه و هو ينكره، فعلى العامل الإثبات و الا فله مطالبه المالك باليمين، و أين هذا من التداعى و التحالف؟.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۸۳

حلفـا أو نكلاـ للقابض أكثر الأمرين من أجره المثل و الحصه من الربـح (۱) إلا إذا كانت الأجره زائـده عن تمام الربـح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

[(مسأله ۶۰): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالک أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه ضاربه]

(مسأله ۶۰): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه، و ادعى العامل أنه ضاربه، قدم قول المالك مع اليمين (۲).

---

(۱) و فيه: انه لاـ موجب لملاـحظه أجره المثل فى المقام بالمره- زادت عن الربـح أم نقصت- بعـد اتفاقهما على عـدم اسـتحقاق العامـل لهـا فى هـذه المعـامله، لأـن المالك يـدعى المضاربه و ان العامل انما يسـتحق الحصه من الربـح خاصه، و العامل يـدعى القرض و كون الربح بتمامه له، فملاحظه أجره المثل مما لا وجه له أصلا.

(۲) لأن التصرف فى مال الغير و التجاره به متوقف على ثبوت إذنه فى الإبقاء أو التجاره فما لم يثبت الأذن

يكون الاستيلاء عليه موجبا للضمان.

و بعباره اخرى: ان القرض و ان كان أمرا وجوديا و الأصل عدمه الا ـ أن هذا الاستصحاب لا اثر له حيث لا يثبت كون العقد مضاربه، و هذا بخلاف استصحاب عدم المضاربه. فإنه يثبت عدم إذن المالك فى إبقاءه عنده و التصرف فيه، و هو كاف فى إثبات الضمان.

و الحاصل: انه لا ـ حاجه فى إثبات الضمان إلى إثبات ما يدعيه المالك من القرض كى يقال بعدم تكفل استصحاب عدم المضاربه لإثباته، و انما يكفى فيه مجرد نفى الأذن فى التصرف، و هو حاصل بنفى المضاربه بخلاف إثبات عدم الضمان حيث يحتاج إلى إثبات

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۸۴

[(مسأله ۶۱): لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربه يتحالفان]

(مسأله ۶۱): لو ادعى المالك الإبضاع و العامل المضاربه يتحالفان (۱) و مع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين من الأجره و الحصه من الربح (۲) و لو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربه لدفع الأجره، و ادعى

المضاربه و هو لا يتحقق باستصحاب عدم القرض.

و مما يؤكد ذلك صحيحه إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى وديعه، و قال الآخر. انما كانت لى عليك قرضا، فقال:

المال لازم له الا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه) «۱».

فإنه إذا ثبت الحكم فى الوديعه التى هى لمصلحه المالك فقط.

فثبوته فى المضاربه- على ما يدعى العامل- التى تكون لمصلحتهما معا لعله يكون بالأولويه.

و كيف كان: فيكفينا الأصل فى المقام.

(۱) لان العامل يلزم المالك بالحصه المعينه من المال المعين، و المالك يلزمه بقبول ما يدعيه من الأجره من اى مال شاء ان يدفعه.

ثم ان هذا كله بناء على مختار الماتن (قده) من

ثبوت اجره المثل فى الإبضاع، و اما بناء على ما هو الصحيح من عدم ثبوتها فيه فالمقام من موارد المدعى و المنكر لا التداعى. إذ المالك حينئذ لا يلزم العامل بشى ء و انما العامل يلزمه بدفع الحصه، فيكون هو المدعى و المالك منكرا.

(۲) مقتضى ظهور كلامه (قده) بل صريحه ان أجره المثل

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۷ من أبواب أحكام الوديعه ح ۱.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۸۵

العامل الإبضاع استحق العامل بعد التحالف اجره المثل لعمله (۱).

قد تكون أقل من الحصه التى يدعيها العامل و قد تكون أكثر منها و الحال انه لا يتصور معنى للترافع و التنازع و وصول الأمر إلى التحالف فيما إذا كانت اجره المثل أكثر مما يدعيه العامل من الحصه بعد ان لم يكن للمالك و العامل نظر فى خصوصيه المال كما هو الغالب و ذلك لعدم وجود الإلزام من الطرفين حينئذ، فإن المالك يعترف باستحقاق العامل أكثر مما يدعيه هو، و العامل يعترف بعدم استحقاقه سوى الأقل مما يدعيه المالك، فكل منهما يعترف للآخر شيئا و هو ينكره، و معه فلا وجه للتحالف، إذ لا يدعى أحدهما على الآخر شيئا كى يقيم البينه عليه أو يطلب منه اليمين.

بل يجب حينئذ ان يعمل كل منهما على حسب تكليفه و اعتقاده، فعلى المالك إيصال الزائد إلى العامل كيف حصل، و على العامل ان لا يأخذه.

و لا يبعد ان يكون هذا سهوا من قلمه (قده) فان النزاع انما يختص بفرض نقصان اجره المثل عن الحصه المدعاه من قبل العامل.

(۱) و فيه: انه كيف يمكن فرض المقام من التداعى بعد ان لم يكن المالك ملزما للعامل بشى ء حيث انه لا يطالبه الا

بما بقی من رأس ماله، و انما العامل هو الذی یدعی علیه استحقاق اجره المثل.

بل الظاهر ان المقام من المدعی و المنکر، حیث یدعی العامل علی المالک أجره المثل و هو ینکره.

هذا کله بناء علی ثبوت اجره المثل فی الإیضاع، و أما بناء علی عدمه- علی ما عرفت انه الصحیح- فالأمر واضح، فإنه لیس

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۸۶

[(مسأله ۶۲): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصه العامل و اختلفا فی مقدار الربح الحاصل]

(مسأله ۶۲): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصه العامل و اختلفا فی مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل (۱)، کما أنهما لو اختلفا فی حصوله و عدمه کان القول قوله: و لو علم مقدار المال الموجود فعلا بید العامل، و اختلفا فی مقدار نصیب العامل منه، فان کان من جهه الاختلاف فی الحصه أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالک قطعا (۲)، و ان کان من جهه الاختلاف فی مقدار رأس المال فالقول قوله أیضا، لأن المفروض ان تمام هذا الموجود من مال المضاربه أصلا و ربحا، و مقتضی الأصل کونه بتمامه للمالک، الا ما علم جعله للعامل، و أصاله عدم دفع أزید من مقدار کذا الی العامل لا تثبت کون البقیه ربحا (۳) مع أنها معارضه بأصاله عدم حصول الربح أزید من مقدار کذا فیبقی کون الربح تابعا للأصل إلا ما خرج.

للعامل شی ء علی کلا التقدیرین.

(۱) لأصاله عدمه، فالمالک هو المدعی و العامل هو المنکر، فعلی المالک الإثبات و الا فالعامل أمین و یقبل قوله بیمینه.

(۲) لکون المال بأجمعه- أصلا و نماءا- له، فلا یخرج عنه الا فیما یعترف به هو أو یثبته العامل بالبینه، و قد تقدم بیانه مفصلا فی المسأله الثالثه و الخمسین.

(۳) إذ لا نقول بحجیه الأصل المثبت.

مبانی

العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۸۷

[(مسائل أخر]

اشاره

(مسائل)

[(الأولی): إذا کان عنده مال المضاربه فمات]

الأولی): إذا کان عنده مال المضاربه فمات فان علم بعینه فلا اشکال (۱) و الا- فإن علم بوجوده فی الترکه الموجوده من غیر تعیین فکذلک و یکون المالک شریکا مع الورثه بالنسبه (۲).

---

(۱) و لا خلاف فی وجوب رده إلی مالکه، و لیس للورثه فیه حق.

(۲) علی ما هو المشهور بین الأصحاب، الا أنه لا یمکن المساعده علیه و ذلک لما سیأتی فی باب الشرکه من أنها انما تکون بأحد أمرین:- الأول: العقد، فإنهما إذا تعاقدا علیها و حصل الامتزاج الخارجی کانا شریکین فی أبعاض کل مال من تلک الأموال، و بذلک یکون تلف بعضه محسوبا علیهما معا، و تسمی هذه الشرکه العقدیه.

الثانی: الامتزاج، فإنه لو اختلط المالان علی نحو بحیث أصبحا شیئا واحدا کان صاحباهما شریکین فی الممتزج، سواء أ کان المالان من جنس واحد کالمائین، أم من جنسین کالماء و السکر، و تسمی هذه الشرکه بالشرکه القهریه.

و أما إذا لم یکن لا هذا و لا ذلک، کما فیما نحن فیه حیث لا عقد و لا امتزاج فان کلا من المالین متمیز عن الآخر، غایه الأمر انه لا- یمکن تعیین ما للمالک منهما و ما للورثه، فلا- موجب للقول بالاشتراک، فان مجرد الاختلاط الخارجی و عدم إمکان التشخیص لا یحقق الشرکه و لا یوجب انتقال مقدار من مال کل منهما إلی الآخر بإزاء انتقال مقدار من مال الآخر إلیه. فإنه لا دلیل علیه. بل المتعین هو التصالح و الا فالقرعه لأنها لکل أمر مشکل.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۸۸

....

و مما یؤید ذلک ما ورد فی الودعی الذی یکون لأحد عنده درهمان و لآخر درهم واحد ثم تتلف احد تلک الدراهم. حیث حکم

(ع) بكون درهم و نصف لصاحب الدرهمين و نصف درهم لصاحب الدرهم.

فـان عـدم التشـخيص لو كـان موجبـا للاشتراك لكان المتعين هو الحكم بكون ثلثى الـدرهمين لصاحب الـدرهمين و ثلثا منهما لصاحب الدرهم.

و الحاصل: ان الجهل فى مقام التعيين لا يوجب قلب الواقع و إخراج مقـدار من ملك كل منهما إلى الآخر فى قبال خروج مقدار من ملك الآخر اليه.

ثم لو تنزلنا و قلنا بحصول الشركه بالاختلاط، فغايته الالتزام بها فيما إذا اتحدت الأموال جنسا بان اختلط شياه مال المضاربه بشياه مـال العامـل، و أمـا إذا اختلفت فلاـ موجب للقول بها فى فرض الجهل مع تمييز الأجناس وجودا و جنسا، إذ لا موجب لاشتراك المالـك مع الورثه فى مختصـات الميت ممـا لاـ يتحـد مع جنس مـال المضـاربه كـداره و ثيابه و كتبه، فإنها مما يقطع باسـتقلال الورثه فيها.

ثم أنه قـد يسـتدل على تحقق الشـركه فى المقـام بمعتبره السـكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على (ع) انه كان يقول: (من يموت و عنده مال المضاربه، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال:

هذا لفلان، فهو له، و ان مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء) «۱».

بدعوى: ان المستفاد منها كون حال المالك حال الغرماء فى ذلك، فكما أنهم يشتركون مع الوارث، فكذلك هو يشترك معهم أيضا.

الا انه ضعيف جدا، فان الغرماء لا يشتركون مع الوارث جزما

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۳ من أبواب أحكام المضاربه ح ۱.

....

بل غايه الأمر أن لهم حقا فى المال، بل قـد عرفت فى بعض المباحث المتقدمه أن لا حق لهم فى التركه أيضا، لعدم الدليل عليه، إذ غايه ما دل عليه الدليل هو كون

الانتقال إلى الورثه بعد أداء الديون، فليس لهم التصرف فيه الا بعده، و حينئذ فمقتضى القاعده الالتزام ببقاء التركه على ملك الميت و عدم انتقالها إلى الورثه إلا فى الزائد عن الدين، لا القول باشتراك الغرماء معهم فيها.

و مما يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الحق للغرماء فى التركه فضلا عن اشتراكهم معهم فيها، أنه يجوز للوارث الأداء من خارج التركه، بل للأجنبى التبرع به من عنده من دون أن يكون لهم حق المطالبه بعين التركه.

و على هذا: فليس معنى قوله (ع): «فهو أسوه الغرماء» كونه شريكا للورثه فى المال و انما معناه أن حاله كحالهم فى عدم انتقال التركه إلى الورثه إلا بعد أداء مالهم فكما انها لا تنتقل إليهم إلا بعد أداء الديون، فكذلك هى لا تنتقل إليهم إلا بعد أداء مال المضاربه.

و من غرائب الكلام ما صدر عن صاحب الوسائل (قده) فى المقام حيث عنون باب هذه الروايه بقوله: «ان من كان بيده مضاربه فمات فان عينها لواحد بعينه فهى له، و الا قسمت على الغرماء بالحصص». و هو كالصريح فى استفادته (قده) منها كون المال معلوما و المالك مجهولا.

فإنه على خلاف المقطوع به، فإنه لو كان المالك مجهولا لوجب إخراجه فى مصرف مجهول المالك لا إعطاءه إلى الغرماء بالحصص.

و الحاصل: ان الروايه و ان كانت معتبره من حيث السند لما تقدم

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۰

و يقدم على الغرماء ان كان الميت مديونا لوجود عين ماله فى التركه، و إن علم بعدم وجوده فى تركته و لا فى يده و لم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أورد على المالك، فالظاهر عدم ضمانه، و كون جميع تركته للورثه، و

ان كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتيه (۱) و أما إذا علم ببقائه فى يده الى ما بعد الموت و لم يعلم أنه موجود فى تركته الموجوده أولا- بأن كان مدفونا فى مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانه أو نحو ذلك- أو علم بعدم وجوده فى تركته مع العلم ببقائه فى يده- بحيث لو كان حيا أمكنه الإيصال إلى المالك- أو شك فى بقاءه فى يده و عدمه أيضا، ففى ضمانه فى هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشكال على اختلاف مراتبه، و كلمات العلماء فى المقام و أمثاله- كالرهن و الوديعه و نحوهما- مختلفه.

و الأقوى الضمان فى الصورتين الأولیين (۲) لعموم قوله (ع)

مرارا من أن الأظهر وثاقه كل من النوفلى و السكونى، الا انها أجنبيه عن محل الكلام بالمره.

(۱) مراده (قده) منه هى قاعده اليد، حيث يراها (قده) مثبته للضمان بقول مطلق إلا فى صورتى التلف القهرى أو دعوى التلف مع الحلف.

و سيأتى الحديث فى شمول القاعده للمقام و عدمه.

(۲) بل الأقوى عدم الضمان فيهما الا مع ثبوت التفريط، و ذلك

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». حيث ان الأظهر شموله للأمانات أيضا و دعوى: خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعه: بأن غايه ما يكون خروج

فلأن روايه على اليد نبويه لم تثبت من طرقنا فلا تصلح للاعتماد عليها فى إثبات الضمان- على ما تقدم غير مره.

و دعوى انجبارها بالشهره، ممنوعه صغرى و كبرى.

بل الدليل على الضمان انما هى السيره العقلائيه القطعيه، و هى غير شامله لموارد يد الأمين جزما.

إذن: فليس هناك عموم يصح التمسك به لإثبات الضمان فى المقام.

على أننا لو

تنزلنا و قلنا بصحه قاعده اليد من حيث السند، فهى غير شامله للمقام جزما، فان يد الأمين خارجه عنها قطعا، إذ لا معنى لأن يقال بأن أخذه موجب للضمان، غايته أنه يرتفع بالتلف من غير تعد أو تفريط. فان الضمان غير ثابت من حين أخذه، و انما هو يثبت بتعديه أو تفريطه. و حيث انه لم يثبت فلا مجال للقول بضمانه.

و الحاصل: انه حيث لا دليل على الضمان فى المقام، فأصاله البراءه عنه محكمه.

هذا و قد يقال بالتفصيل بين الصورتين باختيار الضمان فيما إذا احتمل وجود مال المضاربه فى ضمن التركه، و عدمه فيما إذا علم بعدم وجوده فى ضمنها.

بدعوى: ان الضمان و ان لم يكن يثبت بقاعده على اليد، باعتبار ان يد العامل يد أمانه، الا ان ذلك لا يعنى جواز تصرف الورثه فى التركه مع احتمال وجود مال المضاربه فيها، إذ أن يد

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۲

....

العامل هذه لا تكشف عن ملكيته لهذا المال، لاحتمال كونه لغيره، و مقتضى العلم الإجمالى بكون مال الغير هذا أو غيره، عدم جواز تصرفهم فيه و لزوم المصالحه عليهم مع المالك و تخليص التركه من حقه قبل تصرفهم فيها.

و بعباره أخرى: ان الضمان فى المقام ليس من جهه يد الميت و ضمانه لما أخذه، و انما هو من جهه ان يد الميت هذه لا تكشف عن ملكيته لتلك الأموال، للعلم بكون مال المضاربه تحت يد العامل إلى حين موته، فللميت على المال يدان و معه يشك فى كون ما تحت يده ملكا له. فلا يجوز للورثه التصرف فيه.

و بالجمله: فالعلم الإجمالى بكون مال المضاربه فى ضمن التركه أو غيرها يسقط اليد عن الكشف عن

الملكيه، و معه يكون المـال مرددا من حيث المالـك بين الميت و صاحب مال المضاربه و من هنا فلا يجوز للورثه التصـرف فيه حيث لم يثبت كونه ملكا للميت و فى جمله ما ترك.

و هذا لا يجرى فيما علم بعدم وجود مال المضاربه فى ضـمن التركه فإن معه لا مجال للشك فى اسـتقلال الورثه بالتركه و جواز التصرف لهم كيف ما شاؤا.

الا انه لا يمكن المساعده عليه.

و ذلـك: فلأـن العلم الإجمالى بعـدم كون يـد الميت على بعض ما فى يـده. يـد المالك و ان كان محرزا بالوجـدان، الا أنه غير منجز نظرا لخروج بعض أطرافه عن محـل الابتلاـء، فـإنه و بعـد احتمـال كون المضـاربه فى غير التركه بحيث تكون هى بـأكملها للورثه- كما هو المفروض- فلا مانع من إجراء قاعده اليد الكاشـفه عن الملك فى التركه حيث لا تعارضـها قاعده اليد فى المال الآخر الذى هو خارج عن

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۳

....

محل الابتلاء.

و توهم: ان اعتبـار كون أطراف العلم الإجمـالى محل للابتلاء انما يختص بالأصول دون الأمارات التى منها قاعـده اليـد، فإنها لا يعتبر فى حجيتهـا كون أطراف العلم الإجمـالى بأكملها محلا للابتلاء، و لـذا لو قامت البينه على كون التركه هى مال المضاربه و قـامت اخرى على كونه فى غيرهـا، تعارضـتا حتى مع خروج الثـانى عن محـل الابتلاء، و تعين الرجوع إلى ما تقتضـيه القواعـد و الأصول.

مدفوع: بما ذكرناه فى المباحث الأصوليه من انه لا فرق فى اعتبار كون أطراف العلم الإجمالى محلا للابتلاء فى تنجيزه و سقوط الأـصول بين الامـارات و الأـصول فإنهمـا على حـد سواء فى ذلـك، و انمـا لاـ يعتبر ذلـك فى الإخبـارات- كالبينه و خبر الثقه- خاصه،

حيث تثبت لوازمها بالدلاله الالتزاميه، و أما غيرها فهى لا تثبت اللازم العقلى سواء فى ذلک الأصول و غيرها لقصور دليل حجيتها عن ذلک فالالتزام بثبوت القبله- مثلا- بالظن لا يثبت لازمه- اعنى دخول الوقت- لمن أراد الصلاه، باعتبار ان الدليل انما تکفل إثبات جواز الصلاه فقط و أما لازمه فلا.

و بعباره اخرى: ان الإخبارات تختلف عن غيرها بأنها تتضمن إثبات لوازمها بالدلاله الالتزاميه و من هنا تکون معارضه للخبر الآخر من دون اعتبار ان يکون الطرف الآخر محلا للابتلاء، بخلاف غيرها حيث لا يتضمن إثبات اللوازم و من هنا فلا بد فى تنجيزه من کون أطراف العلم محلا للابتلاء. و هو مفقود فى المقام.

إذن: فقاعده اليد فيما ترکه الميت سالمه عن المعارض حيث لا علم لنا فى وجود رأس المال فى ضمن الترکه، و معه فتنتقل إلى الوارث

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۴

بعض الصور منها (۱)، کما إذا تلفت بلا تفريط أو ادعى تلفها کذلک إذا حلف (۲). و أما صوره التفريط و الإتلاف و دعوى الرد فى غير الوديعه (۳) و دعوى التلف و النکول

بلا ضمان و يجوز لهم التصرف فيها.

و الذى يتحصل من جميع ما تقدم أن الصحيح فى المقام هو الحکم بعدم الضمان مطلقا ما لم يعلم تعديه أو تفريطه، سواء فى ذلک العلم بعدمهما أو الشک فيهما أما مع الأول فواضح و أما مع الثانى فلأن الشبهه مصداقيه و لا يصح التمسک بالعالم فيها، و مقتضى أصاله البراءه عدمه.

نعم مع إحراز التعدى أو التفريط يحکم بضمانه لکن لا من جهه قاعده اليد و انما من جهه التعدى أو التفريط و لو بعدم اخباره للورثه بمکان مال المضاربه و

إیصـاءه به مع علمه بجهلهم به، فـإنه امـانه فی یـده و لاـ بـد له من إیصاله إلی مالکه و لو بتعیین مکانه. فإذا قصـر فیه کان مفرطا فیضمن لا محاله.

و بالجمله: فحکمنا بعدم الضمان انما یختص بما إذا لم یحرز تعدیه أو تفریطه و لو من ناحیه عدم إیصاءه به، بان کان موته فجأه أو نحوها، و الا فهو ضامن لا محاله.

(۱) قد عرفت ما فیه مما تقدم، فان ید الأمین غیر مشموله لها من الأول، و انما الضمان یثبت بتفریطه أو تعدیه.

(۲) تقدم ان الأقوی فی هذه الصوره قبول قوله بغیر یمین ما لم یکن متهما،

(۳) الظاهر عدم الفرق بین الودیعه و غیرها، فإنه لا دلیل علی استثناءها إلا الإجماع المدعی، و هو غیر ثابت.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۱۹۵

عن الحلف (۱) فهی باقیه تحت العموم. و دعوی: أن الضـمان فی صوره التفریط و التعـدی من جهه الخروج عن کونها أمانه، أو من جهه الـدلیل الخارجی کما تری لا داعی إلیها. و یمکن ان یتمسک بعموم ما دل علی وجوب رد الأمانه (۲) بدعوی: أن الرد أعم من رد العین ورد البدل (۳)، و اختصاصه بالأول ممنوع الا تری أنه یفهم

---

(۱) قد عرفت ان مقتضی النصوص قبول دعواه بغیر یمین ما لم یکن متهما.

(۲) کقوله تعالی «إِنَّ اللّٰهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا» «۱» و قوله تعالی: «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُکُمْ بَعْضاً فَلْیُؤَدِّ الَّذِی اؤْتُمِنَ أَمٰانَتَهُ وَ لْیَتَّقِ اللّٰهَ رَبَّهُ» «۲».

(۳) و فیها: ان الرد انما تعلق بنفس العین لا ببـدلها، فان الأمانه اسم للعین الخارجیه التی تودع عنـد الغیر، و من هنا فلا دلاله لهذه الأدله علی رد البدل، و انما هی

تتضمن حكما تكليفيا محضا متعلقا بنفس العين.

و لو تنزلنا عن ذلك فحال هذه الأدله حال قاعده الضمان باليد، حيث يحتاج إثباته بها إلى إحراز التعدى أو التفريط، و الا فالحكم هو عدم الضمان حتى مع الشك حيث أن الشبهه مصداقيه و لا يصح التمسک بالعام فيها.

---

(۱) سوره النساء آيه ۵۸.

(۲) سوره البقره آيه ۲۸۳.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۱۹۶

من قوله (ع): «المغصوب مردود» «۱» وجوب عوضه عند تلفه (۱) هذا مضافا إلى خبر السكونى عن على (ع) أنه كان يقول: «من يموت و عنده مال مضاربه قال: إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء» (۲) «۲».

و أما الصوره الثالثه فالضمان فيها لا يخلو عن قوه (۳) لأن الأصل بقاء يده عليه الى ما بعد الموت (۴) و اشتغال

---

(۱) و فيه: انه مستفاد من الخارج و الا فاللفظ لا يقتضى إلا رد العين خاصه.

(۲) تقدم ان الروايه و ان كانت معتبره الا انها أجنبيه عن محل الكلام. باعتبار ان موردها فرض العلم بوجود مال المضاربه فى التركه، و محل كلامنا هو فرض العلم بعدمه أو احتمال وجوده فيها

(۳) بل الأقوى فيها عدم الضمان أيضا لعدم تماميه شى ء مما ذكره (قده) على ما ستعرف فتكون أصاله البراءه سالمه عن المعارض.

(۴) و فيه: انه و ان كان تاما فى حد نفسه الا أنه لا اثر لاجراءه حيث لا يثبت به الضمان لما عرفت من أنه غير مترتب فى باب الأمانات على اليد كى يثبت باستصحاب بقاء يده عليه، و انما هو ثابت من جهه التعدى و التفريط، و استصحاب بقاء يده عليه لا يثبتهما.

---

(۱)

الوسائل: ج ۱۷ باب ۱ من أبواب كتاب الغصب ح ۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۳ من أبواب أحكام المضاربه ح ۱.

ذمته بالرد عند المطالبه (۱) و إذا لم يمكنه ذلک لموته يؤخذ من تركته بقيمته. و دعوى: أن الأصل المذكور معارض بأصاله براءه ذمته من العوض، و المرجع بعد التعارض قاعده اليد المقتضيه لملكيته. مدفوعه. بأن الأصل الأول حاكم على الثانی (۲). هذا مع أنه يمكن الخدشه فی قاعده اليد بأنها مقتضيه للملكيه إذا كانت مختصه، و فی المقام.

كانت مشتركه (۳)

---

(۱) و فيه: انه من الاستصحاب التعليقی، حيث ان وجوب الرد مشروط بالمطالبه، و لا نقول بحجيته.

على ان وجوب الرد فی الأمانات وجوب تكليفی محض- كما عرفت- فلا يحتمل بقاءه بعد الموت لسقوط التكاليف بالموت، و من هنا فلا مجال لاستصحابه، لان المتيقن مرتفع قطعا، و المحتمل- وجوب الرد على الوارث- لم يكن متيقنا سابقا.

هذا كله مضافا إلى ما قد عرفت من أن وجوب الرد لا يقتضی وجوب دفع البدل عند امتناع رد العين نفسها.

إذن: فأصاله البراءه من الضمان محكمه من غير معارض.

(۲) لكنک قد عرفت ان الأول غير جار فی المقام، فجريان الثانی يكون من غير معارض.

(۳) الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراک فی اليد فی شی ء انه انما يكون فی موارد ثبوت يدين على مال واحد- كالصندوق المشترک ما فيه بين اثنين- فإنه حينئذ لا يمكن الحكم بملكيه صاحبه لما فيه- على ما دل عليه النص- و أما إذا كان بدان لشخص واحد.

و الأصل بقاءها على الاشتراک بل فی بعض الصور يمكن أن يقال: أن يده يد المالک من

حيث كونه عاملا له، كما إذا لم يكن له شی ء أصلا فأخذ رأس المال و سافر للتجاره و لم يكن فی يده سوی مال المضاربه فإذا مات يكون ما فی يده بمنزله ما فی يد المالک (١) و ان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلک المال، و أنه استفاد لنفسه ما هو الموجود فی يده. و فی بعض الصور يده مشتركه بينه و بين المالک كما إذا سافر و عنده من مال المضاربه

بأن كان له يد علی أمواله الخاصه و يد علی أموال غيره، فلا مجال للحكم بالاشتراک، بل مقتضی القواعد الحكم بملكيته لجميع ما تحت يده، الا ما عرف كونه للغير بعينه.

و لعل ما نذكره من الأمور الواضحه لدی الجميع، و الا فقل من يخلو من وجود الأمانه أو الوديعه أو مال الغير بشتی العناوين، تحت يده. أ فهل يحتمل أن يكون ذلک موجبا للاشتراک فی اليد و مانعا عن انتقال تركته عند موته؟.)

(١) ما أفاده (قده) انما يتم فيما إذا كان مال المضاربه بعينه- و لو بدلا- موجودا و معروفا فی الخارج فإنه حينئذ يكون يد العامل هی يد المالک بعينها. و أما إذا شک فی وجوده بحيث كان احتمال تلفه معتمدا به، فإنه لا مجال لان يقال بان يد العامل علی المال الموجود تحت يده حين الموت هی بعينها يد المالک، فإنه متی كان مالكا لهذا المال كی تكون يد العامل عليه هی بعينها يده. بل الصحيح هو الحكم بملكيه العامل لذلک المال بمقتضی قاعده اليد السالمه عن المعارض.

مبانی العروه الوثقی، ج ١، ص: ١٩٩

مقدار و من ماله أيضا مقدار (١) نعم فی بعض الصور لا يعد يده

مشترکه أیضا، فالتمسک بقاعده الید بقول مطلق مشکل، ثم إن جمیع ما ذکر انما هو إذا لم یکن بترک التعیین عند ظهور أمارات الموت مفرطا، و الا فلا إشکال فی ضمانه (۲).

[(الثانیه): ذکروا من شروط المضاربه التنجیز]

(الثانیه): ذکروا من شروط المضاربه التنجیز، و أنه لو علقها علی أمر متوقع بطلت، و کذا لو علقها علی أمر حاصل إذا لم یعلم بحصوله (۳).

---

(۱) قد عرفت الحال فیه مما تقدم فلا نعید.

(۲) علی ما تقدم بیانه مفصلا.

(۳) و تفصیل الکلام فی المقام: ان القضیه الخارجیه اما ان تکون جمله إنشائیه و إما أن تکون جمله خبریه، و فی کلیهما لا یعقل ان یکون الإنشاء أو الأخبار معلقا علی شیء، بل هما منجزان دائما و ذلک لما عرفت فی المباحث الأصولیه من أن الأول عباره عن إبراز أمر نفسانی غیر قصد الحکایه. فی حین أن الثانی عباره عن إبراز قصد الحکایه و إظهاره. و حیث ان من الواضح ان الإظهار و الإبراز من الأمور الخارجیه فلا معنی لتعلیقه، فإنها إما أن تتحقق خارجا أو لا تتحقق.

و من هنا فلا مجال للبحث فی صحه التعلیق فی العقود و الإیقاعات أو فساده، فإنه بحث لا موضوع له، حیث لا مجال للتعلیق فی نفس الإنشاء و الأخبار، بل التعلیق اما ان یکون فی المنشأ أو المخبر به.

فإنه قد یکون مطلقا و قد یکون معلقا علی تقدیر بحیث یکون الإنشاء

....

و الاخبار متعلقا بالحصه علی ذلک التقدیر.

و قد ذکر العلماء ان صدق الجمله الشرطیه الخبریه و کذبها تابع لصدق الملازمه و عدمه، من دون ان یکون لصدق الطرفین أو کذبهما تأثیر فی ذلک، فإذا صدقت الملازمه کانت الجمله صادقه حتی

مع فرض كـذب الطرفين كقوله تعالى: «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» «۱»، فإن الجمله صادقه مع كـذب الطرفين، و الا فهی كاذبه.

ثم ان التعليق فی العقود و الإيقاعـات قـد لا يكون راجعا إلی الإنشاء أو المنشأ، بل يكون راجعا إلی أمر خارج عن مـدلول العقد بالكليه كما لو ضارب المالک عاملا علی حصه معينه من الربح ثم نهاه عن تصـرف علی تقدير معين كشـراء الشـی ء المعين فی اليوم المعين أو الفصل المعين، و فيه لا ينبغی الإشـكال فی صـحته. فإنه مالک و له أن يأذن أو يمنع العامل من التصـرف فی ماله مطلقا كما له ذلک علی تقدير دون تقدير.

و من هـذا القبيـل مـا ذكروه فی بـاب الوكـاله، فـإن للموكـل ان يقيـد تصـرفات الوكيـل بمـا يشاء، حتی و لو كانت وكالته حين صدورها مطلقه.

و كـذا الحـال- من حيث الحكم بالصـحه بلا اشـكال- فيما إذا كان التعليق فی مـدلول العقـد، لكن كان المعلق عليه أمرا يتوقف العقـد بحسب طبعه عنـد العقلاـء أو الشـارع عليه كتعليق الطلاـق علی الزوجيه أو البيع علی المالک أو بلوغ المشتری. فإنه خارج عن محل كلامهم فی التعليق من حيث النفی و الإثبات جزما، باعتبار ان هذا التعليق

---

(۱) سوره الأنبياء آيه ۲۲.)

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۰۱

....

ليس أمرا زائدا عما هو معلق عليه فی الواقع، و من هنا فوجوده و عدمه سيان.

و أمـا إذا كـان التعليق علی أمر أجنبی عمـا يكون العقـد معلقـا عليه بطبعه كمـا لو كان المنشأ أمرا متأخرا، أو فعليا معلقا علی أمر مشكوک الوجود، فالمشهور و المعروف هو اعتبار التنجيز من كلتا الناحيتين- الجزم و التنجيز.

الا انه لا دليل لهم علی ذلک سوی الإجماع

حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد و قد علل اعتبار الثانى- فى بعض الكلمات- بان التعليق فى المنشأ ليس أمرا متعارفا.

و فيه: انه لا اثر له بعد شمول الإطلاقات و العمومات له أيضا فالعمده فى المقام هو الإجماع.

لكن الذى ينبغى ان يقال انه مختص بالعقود اللازمه، و اما العقود الجائزه الإذنيه كالوكاله و المضاربه و نحوهما، فلم يثبت إجماع على اعتبار التنجيز فيها. بل صرح المحقق القمى (قده) فى موضعين من كتابه «جامع الشتات» بصحه التعليق فى الوكاله، و هو الصحيح حيث لا مانع فيها من التعليق بكلا معنييه، بعد أن لم يكن فيها إلزام أو التزام.

و الحاصل: انه لا مانع من التعليق فيما هو إذن محض، حيث لا ظن بالإجماع فضلا عن القطع به، بل لا يبعد دعوى السيره عليه إذ ما أكثر التعليق فى الوكاله، فتراه يوكل غيره عند سفره فى بيع داره أو طلاق زوجته ان لم يرجع إلى سنه، و ما إلى ذلك، بخلاف التعليق فى العقود اللازمه حيث لم يتعارف فيها التعليق باستثناء ما ثبت فى التدبير و الوصيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۰۲

نعم لو علق التصرف على أمر صح و ان كان متوقع الحصول و لا دليل لهم على ذلك الا دعوى الإجماع على أن اثر العقد لا بد أن يكون حاصلا من حين صدوره و هو إن صح إنما يتم فى التعليق على المتوقع، حيث أن الأثر متأخر، و أما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل فى المتوقع أيضا إذا أخذ على نحو الكشف- بان يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالى- لا يكون الأثر متأخرا. نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقق الأثر

حين العقد تم فى صوره الجهل. لكنه غير معلوم. ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف و نفوذه من جهه الاذن (١)

و توهم: صحه التعليق فى الإجاره و تعارفه لدى الناس، فيؤجر داره لمده سنه من بعد شهر أو بعد انتهاء إجاره المستأجر الأول.

واضـح البطلان، فـإنه أجنبى عن محـل الكلام، إذ لا تعليق فيها بالمره، فإن الملكيه منجزه و فعليه غايه الأمر انها متعلقه بالمنفعه المتأخره، فالمستأجر و من حين العقد يملك تلك المنفعه المتأخره.

و اين هذا من التعليق فى الملكيه الموجب للبطلان.

و بعباره أخرى: لا بد من التفريق بين التعليق فى الملكيه، و بين كون الملكيه المنجزه متعلقه بأمر متأخر فإن الذى يقتضى البطلان انما هو الأول، و أما الثانى فلا موجب للحكم فيه بالبطلان، بل لا ينبغى الإشكال فى صحته.

(١) لما عرفت من عدم الملازمه بين بطلانها و بطلان المعاملات

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٠٣

لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله (١)، الا أن يكون الأذن مقيدا بالصحه، فلا يجوز التصرف أيضا.

[(الثالثه): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالک]

(الثالثه): قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالک (٢)، و أما العامل فلا يشترط فيه ذلک، لعدم منافاته لحق الغرماء (٣) نعم بعد حصول الربح منع من التصرف إلا بإذن من الغرماء، بناء على تعلق الحجر

الصادره من العامل فإنها صـحيحه حتى على فرض بطلان المضاربه ما لم يكن إذن المالك فيها مقيدا بصحه المضاربه و الا فهى كسائر العقود الفضوليه متوقفه على إجازته.

(١) لأن عمل المسـلم الصادر عن أمر الغير لا على وجه المجانيه لا يذهب هدرا و حيث لم تسلم له الحصه المعينه، تثبت له اجره المثل لا محاله.

لكنك قد عرفت فيما مضى انه انما يتم

فيما إذا لم تزد اجره المثل عن الحصه المعينه من الربح و الا فله الأقل خاصه لاقدام العامل على إهدار الزائد.

هذا كله فيما إذا لم يكن اذن المالك مقيدا بصحه المضاربه، و الا فلا شى ء له، لعدم صدور شى ء من المعاملات عن أمر المالك، و كون استيفاء المالك للربح مستندا إلى إجازته.

(۲) و هو واضح، لكونه ممنوعا من التصرف فى أمواله مطلقا سواء بالمباشره أو الاستنابه.

(۳) نظرا لعدم كونه تصرفا فى أمواله.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۰۴

بالمال الجديد (۱).

[(الرابعه): تبطل المضاربه بعروض الموت]

(الرابعه): تبطل المضاربه بعروض الموت (۲) كما مر- أو الجنون أو الإغماء (۳)- كما فى سائر العقود الجائزه- و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقا أو أدواريا و كذا الإغماء بين قصر مدته و طولها، فان كان إجماعا و الا فيمكن أن يقال بعدم البطلان (۴) فى الأدوارى و الإغماء القصير المده، فغايه الأمر عدم نفوذ التصرف

---

(۱) لكنك قد عرفت فى محله ان الصحيح اختصاص الحجر بالمال الموجود حين الحكم، و عدم تعلقه بما يتجدد بعد ذلك.

(۲) لكونها عقدا جائزا إذنيا، فلا معنى لقيام الوارث مقام الميت منهما، لأنه ان كان المالك فإذنه قد انتفى بموته و انتقل المال إلى غيره، و إذا كان العامل فاذن المالك كان له لا لورثته فلا يجوز لهم التصرف فيه من غير إذن مالكه.

(۳) بلا اشكال فيهما، فان الحكم بصحه المعاملات الصادره من العامل إنما يكون فيما إذا كان المباشر أهلا لذلك و كان المالك قابلا لاستنادها اليه، و حيث لا مجال لذلك مع فرض الجنون أو الإغماء فى أحدهما فلا ينبغى الإشكال فى بطلانها.

(۴) بل هو الصحيح، لعدم الدليل على البطلان، فان المستفاد من الأدله عدم صحه

العقـد الصـادر من المجنون أو المغمى عليه أو المنتسب إليهما فى ذلك الحال خاصه. و أما إذا كان المنشأ فى حال الصـحه هى الوكاله الدائمه و المستمره فى جميع الأزمنه، فارتفاعها فى بعض الأزمنه لا يستلزم ارتفاعها فيما بعد ذلك من الأزمنه الآتيه

حال حصولهما، و أما بعـد الإفاقه فيجوز من دون حاجه الى تجديد العقد، سواء كانا فى المالك أو العامل. و كذا تبطل بعروض السفه لأحدهما (۱) أو الحجر للفلس فى المالك أو العامل أيضا إذا كان بعد حصول الربح (۲) الا مع اجازه الغرماء.

[(الخامسه): إذا ضارب المالك فى مرض الموت صح و ملك العامل الحصه]

(الخـامسه): إذا ضارب المالك فى مرض الموت صـح و ملك العامل الحصه و ان كانت أزيـد من أجره المثل، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل بل و كذلك على القول بأنها من الثلث، لأنه ليس مفوتا لشـى ء على الوارث (۳) إذ الربح أمر معدوم و ليس مالا موجودا للمالك، و انما حصل بسعى العامل.

أيضا، بعد إمضاء الشارع لها و الحكم بصحتها حين صدورها.

(۱) أمـا فى جـانب المالـك فالأـمر كما افاده (قـده) فان السـفه يوجب الحجر عليه و هو يمنعه من التصـرف فى أمواله، و أما فى جانب العامل فقـد تقـدم الكلام فيه فى أول هذا الكتاب و قد عرفت انه لا دليل على اعتبار عدمه فيه ابتداء فضـلا عن عروضه له فى الأثناء نعم لو حصل له شى ء من الربح لم يكن له التصرف فيه لكونه محجورا عليه.

(۲) لكونه كسـائر أمواله يتعلق به حق الغرمـاء، و كـذلك الحال بالنسـبه إلى الربـح المتأخر بناء على عموم الحجر للمال الجـديد أيضا.

(۳) و فيه: ان الحصه المعينه التى ستوجد فيما بعد و ان

لم تكن

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۰۶

[(السادسه): إذا تبین کون رأس المال لغیر المضارب]

(السادسه): إذا تبین کون رأس المال لغیر المضارب سواء کان غاصبا أو جاهلا بکونه لیس له- فان تلف فی ید العامل أو حصل خسران (۱) فلمالکه الرجوع علی کل منهما (۲)، فان رجع علی المضارب لم یرجع علی

مملوکه للعامل و للمالک إذ لا معنی لملکیه المعدوم، إلا انها و فی ظرف وجودها تکون مملوکه للعامل نتیجه لجعل المالک ذلک له، إذ لولاه لکان الربح بتمامه مملوکا للمالک بمقتضی قانون المعاوضه المقتضی لانتقال تمام الثمن إلی مالک المثمن- علی ما تقدم بیانه غیر مره-، و من هنا فانتقال الحصه من المالک إلی العامل یکون فی ظرفه انتقالا للمال الموجود بالفعل و ان لم یکن کذلک حین العقد، و علیه فإذا جعلنا منجزات المریض من الثلث کان حال هذا النقل کحال سائر ما یصدر منه من التصرفات المنجزه فیمنع منه إذا زاد عن ثلث ترکته لا محاله و الذی یهون الخطب أن منجزات المریض تخرج من الأصل لا الثلث.

(۱) لا مجال لفرض الرجوع فی الخسران فی المقام، فان العقود الصادره من العامل لما لم تکن عن إذن المالک کانت فضولیه لا محاله و من ثم فان لم یجزها المالک کان له الرجوع بتمام ماله علی من یجدها فی یده، و ان أجازها فقد رضی بها و معه فلا موجب للضمان.

(۲) بلا اشکال فیه، لوقوع ماله فی ید کل منهما و مقتضی ضمان الید لزوم خروج کل منهما عن عهدته فیکون کل منهما ضامنا له علی نحو تعاقب الأیدی، و لا مانع من ضمان شخصین أو أکثر لمال واحد، بحیث یکون کل منهما مطالبا به و المال ثابت فی

ذمته على نحو الواجب الكفائى و كون يد العامل امانه لا ينفع فى سقوط الضمان عنه فى المقام، بعد ان لم يكن المال امانه عنده من قبل المالك، و انما هو امانه من قبل المضارب و لا اثر لذلك.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۰۷

العامل (۱)، و إن رجع على العامل رجع إذا كـان جاهلاـ على المضـارب و إن كـان جاهلاـ أيضـا لأنه مغرور من قبله (۲). و ان حصل ربح.

---

(۱) لانه قـد دفع اليه المال على أن لا يكون له حق الرجوع عليه عنـد تلفه بغير تعد أو تفريط، فالعامل غير مسئول فى قبال الدافع على التلف فى غير هاتين الحالتين.

(۲) فى تعليـل الحكم بـالغرور اشـكال بـل منع، فـإنه مضافـا إلى عـدم ثبوت القاعـده يتوقف صـدقه على علم المضارب و جهل العامل، إذ بدونه يكون كل منهما معذورا و لا يصدق الغرور عرفا.

الاـ ان هـذا لاـ يعنى عـدم موافقتنـا للمـاتن (قـده) فى الحكم، فان للعامل ان يرجع على المضارب و ان كان جاهلا، فيما لو رجع المالك عليه.

و ذلـك لمـا ذكرنـاه فى مبـاحث تعـاقب الأيـدى من المكـاسب، من أن الضـمان فيهـا انما هو على نحو الواجب الكفائى، حيث يضـمن كل منهم المال التالف و يكون للمالك الرجوع على اى منهم شاء، فإذا أدى أحدهم لعوضه كان و باعتبار العقلاء مالكا لذلك التالف بقاء بحيث يكون التلف بقاء من ماله، و من هنا فله مطالبه كل من الأيادى المتأخره عنه بملكه و ماله ان وجد بعينه و بدله عند تلفه، و ليس له مطالبه الأيادى المتقدمه عنه لادائهم المال اليه.

و هذا الكلام يجرى بعينه فى المقام، فان العامل و بأداءه للعوض إلى المالك يصبح مالكا

للعين التالف بقاء، و من هنا فله الرجوع على المضارب و مطالبته بأداء ماله اليه.

كـان للمالـك إذا أجـاز المعاملات الواقعه على ماله (۱)، و للعامـل أجره المثـل على المضـارب مـع جهلـه (۲). و الظاهر عـدم استحقاقه الأجره عليه مع عـدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شـى ء له مع عدم حصوله (۳). كـما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالما بأنه ليس له، لكونه متبرعا بعمله حينئذ (۴).

[(السابعه): يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد]

(السابعه): يجوز اشتراط المضاربه فى ضمن عقد

و لا يقـدح فى ذلك ان المفروض أداء المضارب للمال إلى العامل و تسـليمه له، فإنه انما كان على نحو عدم ضـمانه للتلف فهو نظير ما ذكروه فيما إذا غصب شـخص طعاما و قـدمه إلى غيره فأكله، فرجع المالك على الآكل فضـمنه، فإنه يرجع إلى الغاصـب بلاـ إشـكال لأـنه قـد وقع فى يـده، و ليس له الاعتـذار بأنه قـد سـلمه إليه. لأنه إنما اباحه له و سـلمه إليه مجانا، فلا يكون موجبا لسقوط الضمان.

(۱) حالها فى ذلك حال سائر العقود الفضوليه الصادره بغير رضا المالك.

(۲) لصدوره عن أمره لا مجانا.

(۳) فيكون من مصاديق القاعده المعروفه: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و لا يخفى ان ما أفاده (قده) فى المقام مناف لما أفاده فى المسأله الثامنه و الأربعين، حيث استشكل فى الحكم و لم يجزم به.

و كيف كان: فالصحيح ما أفاده (قده) فى المقام.

(۴) تقدم غير مره انه لا ملازمه بين العلم بالفساد و عدم استحقاقه

لازم، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط و لكن لكل منهما فسخه بعده (۱). و الظاهر أنه يجوز

للمجعول شرعا و بين

قصد التبرع و المجانيه، فهو مقدم على العمل بعوض معين، و حيث لم يسلم ذلك له، يكون له اجره المثل، للسيره العقلائيه، فإن العمل المباح- فان المحرم انما هو التصرف فى مال الغير لا إجراء العقد عليه- الصادر عن أمر الغير موجب للضمان.

(١) ما أفاده (قده) و ان كان مما لا بأس به فى حد نفسه، الا ان الظاهر و بحسب المنصرف العرفى من هذا الشرط هو الجريان عليه و الاستمرار على مقتضاه، لا إيقاع مجرد العقد و صرف التلفظ به.

فيكون هذا الاشتراط نظير اشتراط الهبه فى عقد لازم، حيث ان المتفاهم العرفى منه هو الالتزام بها و إتمامها، دون مجرد إنشائها بحيث يكون له حق الرجوع بعد اجراء العقد و لو بلحظه.

و عليه: فإذا فسخ المشروط عليه العقد صح فسخه، الا انه موجب لثبوت الخيار للطرف الآخر نظرا لتخلف الشرط.

ثم ان هذا الاشتراط يمكن ان يتصور على نحو آخر هو اشتراط الفعل الخارجى- أعنى الاتجار- على ان يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، نظير اشتراط الخياطه أو الزياره أو نحوهما من الأفعال الخارجيه فى ضمن العقد.

و هو أيضا صحيح و لا بأس به، لأنه أمر سائغ فى حد نفسه فلا مانع من أخذه شرطا فى ضمن العقد، و يجب على المشروط عليه الوفاء به.

الا انه لا معنى للبحث عن جواز فسخه و عدمه، فإنه فعل من الأفعال الخارجيه و ليس بعقد كى يبحث عن جواز فسخه و عدمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٠

اشتراط عمل المضاربه على العامل، بأن يشترط عليه (١) أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلا فى كذا فى

عقد لازم، و حينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها (٢)، كما فى الوكاله.

[(الثامنه): يجوز إيقاع المضاربه بعنوان الجعاله]

(الثامنه): يجوز إيقاع المضاربه بعنوان الجعاله (٣)

و الظاهر أنه خارج عن موضوع كلام الماتن (قده) حيث ان المفروض فيه كون المضاربه شرطا، فيكون شرطيه الاتجار خارجه عنه.

و كيف كان: ففيه لا ينبغى الإشكال فى وجوب الوفاء به على المشروط عليه و يكون تخلفه عنه موجبا لثبوت الخيار للشارط. كما لا ينبغى الإشكال فى جواز إسقاطه من قبل الشارع، فإنه حق من حقوقه.

(١) على نحو شرط النتيجه.

(٢) لتحققها بتحقق نفس العقد اللازم و فى ضمنه و كأنه جزء منها فلا يجوز رفع اليد عنها و فسخها.

(٣) و هو انما يتم بناء على الالتزام بكون صحه المضاربه على القاعده و أما بناء على ما ذكرناه من كون مقتضى القاعده هو الحكم بالبطلان فيها حتى و لو كانت مستكمله لجميع الشرائط باعتبار انه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه هو بالفعل- على ما تقدم بيانه غير مره- و لذا قلنا فى الإجاره انه لا يجوز إجاره الأرض بحاصلها أو حاصل غيرها إذا لم يكن موجودا بالفعل، فلا مجال للمساعده على ما اختاره الماتن (قده) فى المقام، لأننا إنما خرجنا عن القاعده فى المضاربه و المزارعه و المساقاه. و التزمنا بصحتها للدليل الخاص، و حيث انه

كأن يقول: إذا اتجرت بهذا المال و حصل ربح فلك نصفه، فيكون جعاله تفيد فائده المضاربه و لا يلزم أن يكون جامعا لشروط المضاربه (١)، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو دينا أو مجهولا جهاله لا توجب الغرر. و كذا فى المضاربه المشروطه فى ضمن عقد بنحو شرط النتيجه

(۲) فیجوز مع کون رأس المال من غیر النقدین.

مفقود فی المقام إذ لم یقم دلیل علی الصحه فی الجعاله الفاقده لشرائط المضاربه. فلا یمکن القول بصحتها بل مقتضی القاعده هو الحکم بالبطلان.

و الحاصل: انه لا وجه للحکم بصحه مثل هذه الجعاله، فإن الربح لا یمکن ان یکون ملکا للعامل بعد ان لم یکن مملوکا للمالک.

(۱) و کأنه لخروج المقام عن عقد المضاربه، فإنه إیقاع مجرد یفید فائده المضاربه و أدله الشروط انما دلت علی اعتبارها فی المضاربه لا فی غیرها.

لکنک قد عرفت ما فیه حیث ان القاعده تقتضی البطلان فی الجمیع و انما خرجنا عنها فی المضاربه للنص و حینئذ فلا بد من مراعاه الشروط المعتبره.

و من هنا فیشکل الحکم بصحتها مع کون رأس المال من غیر النقدین بناء علی اعتبار ذلک فی المضاربه.

(۲) یظهر الحال فیه مما تقدم، فان الحال فیه هو الحال فی إیقاع المضاربه بعنوان الجعاله، فإن مثل هذا الشرط محکوم بالفساد إذ لا یصح تملیک ما لا یملکه بالفعل.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۱۲

[(التاسعه): یجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولی علیه بنحو المضاربه بإیقاع عقدها]

(التاسعه): یجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولی علیه بنحو المضاربه بإیقاع عقدها، بل مع عدمه أیضا (۱) بأن یکون بمجرد الأذن منهما (۲) و کذا یجوز لهما المضاربه بماله مع الغیر (۳) علی أن یکون الربح مشترکا بینه و بین العامل. و کذا یجوز ذلک للوصی فی مال الصغیر مع ملاحظه الغبطه و المصلحه و الأمن من الهلاک.

[(العاشره): یجوز للأب و الجد الإیصاء بالمضاربه بمال المولی علیه]

(العاشره): یجوز للأب و الجد الإیصاء بالمضاربه بمال المولی علیه (۴).

---

(۱) بأن یتجر به ناویا المضاربه و کون الربح بینهما، و ذلک لعموم ولایته ما دام ان الفعل فی مصلحه المولی علیه.

(۲) لا یخفی ما فی العباره من المسامحه فإنه لا معنی لإذن الإنسان لنفسه فی الفعل الصادر منه کما هو المفروض، و من هنا فامّا

ان يحمل الأذن على القصد و النيه، بأن يقال ان مراده (قده) انما هو جواز ذلك إذا كان الولى- أبا كان أو جدا- قاصدا بتصرفه هذا المضاربه، و الا فهو من سهو القلم لا محاله.

(۳) لعموم ولايتهما، و عدم الفرق بين صدور الفعل عنهما بالمباشره أو التسبيب ما دام أنه فى مصلحه الصغير.

(۴) و الذى يمكن ان يستدل به على هذا المدعى مع قطع النظر عن النص الخاص أحد أمرين:

الأول: شمول دليل الولايه له بدعوى انه غير مختص بتصرفاته فى حياته و عمومه لما يكون متأخرا عن وفاته أيضا.

الثانى: إطلاقات أدله نفوذ الوصيه و دعوى شمولها لوصيتهما بالاتجار

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۱۳

....

بمال الصبى بعد موتهما، فان مقتضاها صحه مثل هذه الوصيه و نفوذها.

و الذى يظهر من الماتن (قده) هنا و فى ذيل المسأله ان مستنده فى ذلك انما هو الأمر الثانى دون الأول، إذ لا إطلاق و

لا عموم يشمل تصرفاتهما بعد موتهما، بل لهما التصرف فى مال الصغير ما داما على قيد الحياه، و اما بعد موتهما فلا ولايه لهما عليه فى شى ء.

و مما يشهد لذلك- اعنى كون مستنده (قده) فى ذلك هو الأمر الثانى- انه (قده) لم يخص الحكم بالصغار بل عممه للكبار أيضا مع الالتزام بثبوت الخيار لهم باعتبار ان المضاربه من العقود الجائزه، و الحال انه لا ولايه لهما على الكبار جزما.

و كيف كان: فما أفاده (قده) لا يمكن المساعده عليه بالنسبه إلى الصغار فضلا عن الكبار، إذ لا يوجد فى أدله الوصيه إطلاق يشمل الوصيه التى لا ترجع إلى الميت و أمواله، فإنها و بأجمعها وارده فى الوصايا الراجعه إلى الميت نفسه و أمواله و من هنا فلا تنفذ إلا فى الثلث مما يملكك و أما الزائد عنه فهو وصيه فى مال الغير- على ما دلت عليه النصوص- و لذا لم يلتزم أحد بنفوذ الوصيه بالحج مجانا، أو الوصيه بالاتجار بما يصل اليه منه بالشى ء المعين. فإنه لا يلزمه شى ء من ذلك إجماعا و ليس ذلك الا لكونها وصيه متعلقه بمال الغير.

و من هنا فلا مجال للالتزام بصحه مثل هذه الوصيه و نفوذها بالنسبه إلى الصغار فضلا عن الكبار، فإنها إذا لم تتم بالنسبه إليهم فعدم تماميتها فى الكبار يكون بطريق اولى.

هذا كله بالنسبه إلى ما تقتضيه القواعد الأوليه و مع قطع النظر عن النصوص الخاصه، و أما مع الالتفات إليها، فلا بأس بما التزم به (قده) بالنسبه إلى الصغار خاصه على ما سيأتى بيانه عند تعرضه (قده) للروايات.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۱۴

بإيقاع الوصى عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصه من الربح أو إيكاله

اليه، و كذا يجوز لهما الإيصاء بالمضاربه فى حصه القصير من تركتهما بأحد الوجهين (۱). كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبه إلى الثلث المعزول لنفسه (۲) بأن يتجر الوصى به أو يدفعه إلى غيره مضاربه و يصرف حصه الميت فى المصارف المعينه للثلث. بل و كذا يجوز الإيصاء منهما بالنسبه إلى حصه الكبار أيضا (۳) و لا يضر كونه ضررا عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مده، لأنه منجبر (۴) بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربه و إجازتها كما أن الحال كذلك بالنسبه إلى ما بعد البلوغ فى القصير،

---

(۱) الفرق بين هذه الصوره و سابقتها يمكن فى أن متعلق الوصيه فى الأولى هى أموال الصبى الموجوده حال الوصيه فى حين ان متعلقها فى الثانيه هو خصوص ما ينتقل اليه من الأب أو الجد بالإرث.

و كيف كان: فالحكم فى الصورتين واحد.

(۲) بلا خلاف فيه، و يقتضيه ما عرفت من شمول أدله نفوذ الوصيه له.

(۳) فيه اشكال بل منع، ينشأ مما تقدم من كونه خلاف القواعد الأوليه، و عدم شمول الأدله الخاصه له- على ما سيأتى بيانه.

(۴) فى التعبير بالانجبار مسامحه واضحه، و الصحيح منع دعوى الضرر، لكون العقد جائزا و أمره بيد الوارث إن شاء أبقاه و ان شاء فسخه، فلا يكون ضررا عليه. لا انه ثابت غايه الأمر أنه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۱۵

فان له ان يفسخ أو يجيز (۱) و كذا يجوز لهما الإيصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربه (۲)، بأن يكون هو الموصى به، لا إيقاع عقد المضاربه، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل، و أما إذا جعل المده أزيد فيحتاج إلى الإجازه بالنسبه إلى الزائد (۳).

و دعوى:

عدم صحه هذا النحو من الإيصاء، لأن الصغير لا مال له حينه و انما ينتقل اليه بعد الموت، و لا دليل على صحه الوصيه العقديه فی غير التمليک، فلا يصح ان يكون إيجاب المضاربه على نحو إيجاب التمليک بعد الموت مدفوعه: بالمنع (۴).

منجبر بالخيار، و الا لكان مقتضاه هو الحكم بالبطلان لا ثبوت الخيار فان الحكم الضررى مرفوع، و الانجبار لا يوجب الحكم بالصحه.

(۱) فإن ما صدر منهما انما يصح و يلزم الصغير ما دامت الوصيه نافذه و الولايه ثابته عليه، و حيث انهما يرتفعان ببلوغه إذ لا وصايه حينئذ عليه و لا ولايه، و العقد إذنی محض، فلا مجال لإلزامه به بل لا بد من إذنه فيه فان أجاز فهو و الا فلا يجوز التصرف فی ماله.

(۲) لشمول التعليل المذكور فی الروايه له.

(۳) لانتفاء الولايه عليه بعد البلوغ، و العقد إذنی فيحتاج إلى إذنه لا محاله كما تقدم.

(۴) لعموم النص له.

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۱۶

مع أن الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل (۱) فی قضيه ابن أبی ليلى، و موثق محمد بن مسلم (۲) المذكورين فی باب

---

(۱) رواه محمد بن يعقوب عن محمد بن أبی عمير، عن عبد الرحمن ابن الحجاج عن خالد بن بكير (بكر نسخه) الطويل قال:

(دعانی أبی حين حضرته الوفاه، فقال: يا بنی اقبض مال إخوتک الصغار و اعمل به و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليک ضمان، فقدمتنی أم ولد أبی بعد وفاه أبی إلى ابن أبی ليلى، فقالت:

ان هذا يأكل أموال ولدی، قال: فاقتصصت عليه ما أمرنی به أبی فقال لی ابن أبی ليلى: ان كان أبوک أمرک بالباطل لم أجزه، ثم أشهد

على ابن أبى ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبى عبد اللّه (ع) فقصصت عليه قصتى، ثم قلت له: ما ترى؟

فقال: أما قول ابن أبى ليلى فلا استطيع رده، و أما فيما بينك و بين اللّه عز و جل فليس عليك ضمان) «۱».

و هو مضافا إلى ضعف سنده بخالد بن بكير (بكر) وارد فى الصغار، فالتعدى عنهم إلى الكبار يحتاج إلى دليل و هو مفقود.

(۲) رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد عن على بن الحسن عن الحسن بن على بن يوسف عن مثنى بن الوليد، عن محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه (ع): (أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال. و أن يكون الربح بينه و بينهم فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۹ من أبواب أحكام الوصايا ح ۲.

....

ذلك و هو حى) «۱».

ثم ان فى الفقيه على بن الحسين الميثمى بدلا من على بن الحسن- على ما فى الكافى و التهذيب و الوسائل- و هو ابن فضال الذى يروى عنه احمد بن محمد و هو من سهو قلمه الشريف أو غلط النساخ جزما إذ لا وجود لعلى بن الحسين الميثمى لا فى الروايات و لا فى كتب الرجال:

نعم روى (قده) فى بعض الموارد عن على بن الحسن الميثمى الا أنه غلط أيضا و الصحيح على بن الحسن التيمى.

و كيف كان فهو غير على بن الحسين الميثمى.

ثم ان صاحب الوسائل قد جعل المروى عنه لعلى بن الحسن هو الحسن بن

على بن يونس و جعل كلمه «يوسف» نسخه بدل ليونس.

و هو من الغلط جزما، فان الحسن بن على بن يونس لا وجود له فى الروايات و كتب الرجال أيضا، فالصحيح هو الحسن بن على ابن يوسف- على ما فى الكافى و الفقيه و التهذيب- و هو ابن بقاح الثقه.

و كيف كان: فالروايه معتبره من حيث السند، و أما من حيث الدلاله فهى واضحه الدلاله و مقتضى إطلاق كلمه المال فيها عدم الفرق بين ما كان يملكه الصغير حين الوصيه و ما يملكه بعد ذلك، كما أن مقتضى التعليل عدم الفرق بين الوصيه بالمضاربه و الوصيه بالاتجار فإنه على جميع هذه التقادير تنفذ الوصيه و تلزم الصبى ما دام هو كذلك و أما إذا بلغ فهو بالخيار بين إبقائه و رفعه.

هذا كله بالنسبه إلى الصغير، و أما بالنسبه إلى الكبير فحيث لم يرد نص فيه، فلا موجب للالتزام بصحه الوصيه بالنسبه إليه.

نعم قد عرفت ان الماتن (قده) انما يستند فى ذلك إلى أدله

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۹ من أبواب أحكام الوصايا ح ۱.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۱۸

الوصيه و أما بالنسبه إلى الكبار من الورثه فلا يجوز بهذا النحو (۱) لوجوب العمل بالوصيه- و هو الاتجار- فيكون ضررا عليهم (۲) من حيث تعطيل حقهم من الإرث و ان كان لهم حصتهم من الربح، خصوصا إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف.

[(الحاديه عشره): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير]

(الحاديه عشره): إذا تلف المال فى يد العامل بعد موت المالک من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه (۳)،

نفوذ الوصيه، لكنك قد عرفت ما فى العباره و المطلب معا.

(۱) ما افاده (قده) فى جانب الكبار من التفصيل بين كون متعلق الوصيه هو عقد المضاربه

و بين كونه الاتجار تام و متين على تقدير شمول أدله الوصيه للمقام، فإنه حينئذ لا محيص عن الالتزام بهذا التفصيل، إلا انک قد عرفت منع أصل المبنى، فان أدله نفوذ الوصيه قاصره الشمول لمثله.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ ه ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ١، ص: ٢١٨

(٢) حيث لا يكون لهم حق الفسخ، نظرا لعدم وجود عقد فى البين، فإن الوصيه انما تعلقت بالعمل و هو الاتجار، فإذا قلنا بوجوبه عليهم كان ضرريا لا محاله.

و من هنا يظهر الفرق بين المقام و صوره تعلق الوصيه بالمضاربه فإن الثانيه- عقد المضاربه- قابله للرفع حتى بناء على القول بنفوذ الوصيه بخلاف الاولى.

(٣) لكون يده على المال يد أمانه، فلا يضمن إلا بالتعدى أو التفريط، و المفروض عدمهما.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢١٩

و كذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (١).

[(الثانيه عشره): إذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين]

(الثانيه عشره): إذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحدا ثم فسخ أحد الشريكين، هل تبقى بالنسبه إلى حصه الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان:

أقربهما الانفساخ (٢) نعم لو كان مال كل منهما متميزا

---

(١) لما تقدم.

(٢) بل أقربهما عدمه، إذ لا وجه لاعتبار هذا العقد عقدا واحدا فان تعدد المالك يستلزم تعدد المضاربه لا محاله فيكون العامل عاملا للأول فى نصف المال و للآخر فى النصف الثانى- كما هو واضح- و ان اتحد الإنشاء، فإنه لا يستلزم اتحاد المضاربه بوجه.

و هذا الكلام غير مختص بالمضاربه. بل يجرى فى جميع العقود فإنه لو وهب الشريكان مالهما المشترك بإنشاء واحد لشخص واحد، ثم رجع أحدهما فى ذلک. لم يكن ذلک الا

رجوعا و فسخا للهبه فی حصته دون حصه صاحبه.

هذا علی ان الماتن (قده) قد التزم فی المسأله السابعه و الأربعین بجواز فسخ المالک للمضاربه ببعض المال و استرداده له من دون ان یکون ذلک محلا لبقاءها فی الباقی.

فإن هذا- الفسخ بالنسبه إلی بعض المال- إذا کان جائزا مع اتحاد المالک، فجوازه مع تعدده یکون أوضح و بطریق أولی.

و الحاصل: ان الصحیح هو عدم السرایه مطلقا سواء أ کان المالک واحدا أم متعددا کان المال متمیزا أم لم یکن کذلک.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۲۰

و کان العقد واحدا لا یبعد بقاء العقد بالنسبه إلی الآخر (۱).

[(الثالثه عشره): إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترک التجاره به إلی سنه مثلا]

(الثالثه عشره): إذا أخذ العامل مال المضاربه و ترک التجاره به إلی سنه مثلا، فان تلف ضمن (۲)، و لا یستحق المالک علیه غیر أصل المال (۳)، و ان کان آثما فی تعطیل مال الغیر.

[(الرابعه عشره): إذا اشترط العامل علی المالک عدم کون الربح جابرا للخسران مطلقا]

(الرابعه عشره): إذا اشترط العامل علی المالک عدم کون الربح جابرا للخسران مطلقا فکل ربح حصل یکون بینهما، و ان حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا یکون الربح اللاحق جابرا للخسران السابق أو بالعکس فالظاهر الصحه. و ربما یستشکل بأنه خلاف وضع المضاربه و هو کما تری (۴).

---

(۱) لما عرفت من تعدد المضاربه حقیقه و ان اتحدت إنشاء.

(۲) لتعدیه و تفریطه باهماله للمال و إبقائه کذلک عنده من غیر إذن المالک حیث ان الأذن مختص بإبقائه عنده للاتجار خاصه لا مطلقا.

(۳) باعتبار ان الربح لم یکن موجودا خارجا کی یکون العامل بإهماله للمال متلفا و من ثم ضامنا له، غایه الأمر أنه بفعله حرم المالک من الربح بحیث لم یدعه یربح و هو لا یوجب الضمان.

(۴) و ذلک لان عنوان المضاربه متقوم بجعل مقدار من الربح للعامل، و هو متحقق فی المقام.

نعم ذلک قد یلحظ بالقیاس إلی مجموع المعاملات- کما هو الغالب فی باب المضاربه- و قد یلحظ بالقیاس إلی کل معامله، الا انه

[(الخامسه عشره): لو خالف العامل المالک فیما عینه جهلا أو نسیانا أو اشتباها]

(الخامسه عشره): لو خالف العامل المالک فیما عینه جهلاـ أو نسیانا أو اشتباها کما لو قال: لاـ تشتر الجنس الفلانی أو من الشخص الفلانی، فاشتراه جهلا- فالشراء فضولی (۱) موقوف علی اجازه المالک.

أمر خارج عن مفهوم المضاربه فإنه أعم من هذا و ذاک، و علیه فلا مانع من شمول الإطلاقات له.

و دعوی: منافاته لقوله (ع): «الربح بینهما و الوضیعه علی المال» «۱».

مدفوعه: بان کون الربح بینهما أعم من کونه من مجموع التجارات أو کل تجاره، فإنه أمر تابع للجعل و خارج عن مفهوم المضاربه.

(۱) أرسله غیر واحد من الأصحاب إرسال المسلمات،

و علله بعضهم بعدم إذن المالك، لكن الظاهر انه لا يخلو من اشكال، و ذلك لان ما أفاده (قده) و إن كان مقتضى القاعده- الا انه لا مجال للاستناد إليها بعد دلاله جمله كثيره من النصوص (١)- و أكثرها صحاح.

على صحه المعامله عند مخالفه العامل لما عين له شرطا أو قيدا على كل تقدير مع كون الربح بينهما على ما اتفقا عليه و الخسران على العامل فقط لتعديه و مخالفته، فان هذه النصوص غير قاصره الشمول للمقام و قد عمل بها الماتن (قده) و غيره فى صوره علم العامل بالحال، و من الواضح انه لا خصوصيه لفرض العلم إذ لا قصور فى هذه النصوص عن شمول فرض الجهل أيضا، فإن المفروض فيها مخالفه العامل للمالك فيما إذا اشترط عليه أو أخذه قيدا فى المعامله، و أما كون

---

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام المضاربه.

و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزله النهى عنه. و لعل منه ما ذكرنا سابقا من شراء من ينعتق على المالك (١) مع جهله بكونه كذلك. و كذا الحال إذا كان مخطئا فى طريقه التجاره، بأن اشترى ما لا مصلحه فى شراءه عند أرباب المعامله فى ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

[(السادسه عشره): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائه مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا]

(السادسه عشره): إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائه مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا فاما أن يميز حصه كل منهما من رأس المال (٢) كأن

ذلك عن عمد أو جهل فلا تعرض لها اليه و مقتضى الإطلاق ثبوت الحكم فى الصورتين.

نعم ورد فى بعض تلك النصوص أخذ عنوان العصيان و هو لا يشمل

فرض الجهل، الا انه ضعيف من حيث السند فلا مجال للاعتماد عليه.

إذن: فالصحيح هو الحكم بصحه هذه المعاملات فى المقام مع الالتزام بكون الربح بينهما و الخسران على العامل.

و لعل غفله المعلقين عن التعليقه على هذا الحكم فى المقام ناشئه عن غفلتهم عن هذه النصوص و اللّه العالم.

(١) فى خصوص هذا الفرض الأمر كما أفاده (قده) لخروجه عن عنوان المضاربه فإنها مبنيه على الاسترباح و هذه المعامله لا يمكن فيها الاسترباح، فلا تصح مضاربه مع إذن المالك فضلا عن عدمه و قد تقدم بيانه مفصلا.

(٢) بحيث تكون المضاربه متعدده حقيقه بأن تكون مع كل منهما

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٢٣

يقول: على أن يكون لكل منه نصفه، و إما لا يميز (١) فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما فى الربح و الخسران و الجبر (٢) الا مع الشرط (٣)، لأنه بمنزله تعدد العقد.

و على الثانى يشتركان فيها و إن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدارا منه (۴).

مضاربه مستقله عن المضاربه مع الآخر و ان اتحدتا إنشاء.

(١) بان تكون المضاربه مضاربه واحده معهما معا، بحيث يكونان بمنزله العامل الواحد و يكون كل منهما عاملا مضاربا فى جميع المال.

(٢) لعدم الموجب له، بعد تعدد المضاربه و استقلال كل منهما عن الآخر.

(٣) بل و معه أيضا- إذا كان على نحو شرط النتيجه كما هو المفروض- و ذلك لما عرفت غير مره من أن الشروط ليست مشرعه، و من هنا فصحتها تكون محتاجه إلى الدليل، و الا فمقتضى عقد المضاربه كون الربح بين العامل و المالك خاصه.

و بعباره اخرى: ان جبر ربح مضاربه شخص لخسران شخص آخر يحتاج إلى الدليل، و لا يكفى فى إثباته أدله الشروط لأنها ليست

مشرعه. و من هنا فيكون حال هذا الفرع حال اشتراط الربح للأجنبى، بل هذا من مصاديقه حيث أن العامل الآخر أجنبى عن هذه المعامله.

(۴) لأن التقسيم خارجا لا يجعل المضاربه الواحده مضاربتين مستقلتين. و هذا مما لا كلام فيه، و انما الكلام ينبغى ان يقع فى صحه مثل هذه المضاربه حيث تتحد المضاربه و يتعدد العامل.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۲۴

الا ان يشترطا عدم الاشتراك فيها (۱) فلو عمل أحدهما.

و الذى يظهر من كلمات الأصحاب ان صحتها أمر مفروغ عنه و متسالم عليه. إلا أننا لو كنا و الروايات الوارده فى المضاربه للزم الحكم ببطلان هذه المعامله إذ لا يوجد فيها ما يدل على صحه المضاربه مع اثنين، و انما الوارده فيها عنوان الرجل و هو ظاهر فى العامل المتحد.

نعم ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المراد بالرجل و العامل فى لسان النصوص انما هو الجنس و من هنا فيصدق على الواحد و المتعدد.

و هذه الدعوى و ان كانت قابله للتصديق إمكانا، إلا انها خلاف الظاهر جدا فتحتاج فى مقام الإثبات إلى الدليل و هو مفقود.

و الذى يمكن ان يقال فى هذا المقام، ان المضاربه ليست من المعاملات الشرعيه المحضه، بحيث يكون الشارع المقدس هو المؤسس لها ابتداء و انما هى معامله عقلائيه ثابته و متعارفه لدى العقلاء قبل التشريع.

و قد أمضاها الشارع المقدس، و أقر العقلاء على فعلهم ذلك.

و من هنا: فحيث ان هذه المعامله غير مقيده لدى العقلاء باتحاد العامل فإنها كما تتحقق مع العامل الواحد تتحقق مع تعدد العملاء، حاله فى ذلك حال الأجير فإن المالك قد يجعل أجيرا واحدا و قد يجعل أجراء متعددين، كفى دليل الإمضاء فى الحكم بصحه هذه

المعامله، حیث لم یدل دلیل علی اعتبار وحده العامل.

و بعباره أخری: ان عدم ورود الردع عن تعدد العامل فی شی ء من أدله إمضاء عقد المضاربه بعد قیام السیره العقلائیه علیه، یکفی فی الحکم بصحه هذه المعامله و حمل عنوان الأجیر فی لسان الأدله علی الجنس.

(۱) الظاهر انه لا اثر لهذا الاشتراط. فان الشرط لا یکون مشرعا

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۲۵

و ربح و عمل الآخر و لم یربح أو خسر یشترکان فی ذلک الربح و یجبر به خسران الآخر. بل لو عمل أحدهما و ربح و لم یشرع الآخر بعد فی العمل، فانفسخت المضاربه، یکون الآخر شریکا (۱) و ان لم یصدر منه عمل، لانه مقتضی الاشتراک فی المعامله. و لا- یعد هذا من شرکه الأعمال کما قد یقال، فهو نظیر ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشرکه فهو داخل فی عنوان المضاربه لا الشرکه، کما إن النظیر داخل فی عنوان الإجاره.

[(السابعه عشره): إذا أذن المالک للعامل فی البیع و الشراء نسیئه]

(السابعه عشره): إذا أذن المالک للعامل فی البیع و الشراء نسیئه، فاشتری نسیئه و باع کذلک، فهلک المال، فالدین فی ذمه المالک (۲). و للدیان إذا علم بالحال أو تبین له بعد ذلک الرجوع علی کل منهما (۳).

و لا بد من دلیل یقتضی ذلک و هو مفقود.

(۱) لاتحاد المضاربه و کونهما بمنزله العامل الواحد.

(۲) بلا اشکال فیه، فان المعامله الصادره من العامل بأذنه معامله له، فیکون مطالبا بعوضها لا محاله.

(۳) أما المالک فلما عرفت، و أما العامل فلکونه مسئولا عن المعامله و طرفا لها، فإنه لیس کالوکیل فی إجراء الصیغه خاصه حیث لا یتحمل شیئا من مسئولیه العقد، بل هو طرف له حقیقه لا سیما إذا کان المالک جاهلا بما یقوم به

كما هو الحال فى وكالات التجار بيعا و شراءا، فان الوكيل يقوم بتلكم المعاملات على وفق ما يراه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۲۶

فان رجع على العامل و أخذ منه رجع هو على المالك (۱) و دعوى: انه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل، لعلمه بعدم اشتغال ذمته. مدفوعه: بأن مقتضى المعامله ذلك (۲)، خصوصا فى المضاربه (۳)، و سيما إذا علم انه عامل يشترى للغير و لكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو و من اى بلد. و لو لم يتبين للديان ان الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل فى الظاهر (۴) و يرجع هو على المالك.

[(الثامنه عشره): يكره المضاربه مع الذمى خصوصا إذا كان هو العامل]

(الثامنه عشره): يكره المضاربه مع الذمى خصوصا إذا كان هو العامل، لقوله (ع): «لا ينبغى للرجل

صالحا من دون اخبار الموكل بجزئيات كل منها قبل إيقاعها.

و من هنا فيتحمل العامل مسئوليته فى المعامله باعتبار ان اقدامه على البيع و الشراء اقدام على الضمان و كونه مسئولا عنه، على ما تقتضيه السيره القطعيه فإن المشترى يرجع على الذى باشر العقد و كان طرفا له و مسئولا عنه من غير التفات إلى كونه وكيلا أو مالكا.

(۱) لاستقرار الضمان عليه، باعتبار ان المعامله له و هو الطرف الحقيقى فيها.

(۲) لإقدامه على الضمان و كونه مسئولا عنها- كما عرفت- مضافا إلى السيره العقلائيه القطعيه.

(۳) حيث يكون العامل شريكا للمالك فى الربح.

(۴) لظهور كونه له، و ان كان فى الواقع لغيره.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۲۷

المسلم ان يشارك الذمى، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يصافيه الموده» (۱). و قوله (ع): «ان أمير المؤمنين (ع) كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى،

الا ان تكون تجاره لا يغيب عنها المسلم» (۲) و يمكن ان يستفاد من هذا الخبر (۳) كراهه مضاربه من لا يؤمن منه فى معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[(التاسعه عشره): الظاهر صحه المضاربه على مائه دينار كليا]

(التاسعه عشره): الظاهر صحه المضاربه على مائه دينار كليا، فلا يشترط كون مال المضاربه عينا شخصيه

---

(۱) رواه محمد بن يعقوب عن عده من أصحابنا عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رئاب قال: قال أبو عبد اللّه (ع).

المتن «۱». و الروايه معتبره.

(۲) رواه محمد بن يعقوب عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبد اللّه (ع). المتن «۲».

و هى كسابقتها معتبره من حيث السند. فإن النوفلى و السكونى ثقتان على ما تقدم غير مره.

(۳) حيث لا يبعد دعوى كون النهى نهيا إرشاديا إلى عدم وثاقتهم كما يشهد له استثناء التجاره الحاضره.

فمن هنا يمكن تعديه الحكم إلى كل من لا يكون محلا للوثوق، فتكون المضاربه معه مكروهه تنزيها أو منهيا عنها إرشادا.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۲ من أبواب أحكام الشركه ح ۱.

(۲) الوسائل ج ۱۳ باب ۲ من أبواب أحكام الشركه ح ۲.

فيجوز إيقاعهما العقد على كلى ثم تعيينه فى فرد. و القول بالمنع لان القدر المتيقن العين الخارجى من النقدين ضعيف (۱) و أضعف منه احتمال المنع حتى فى الكلى فى المعين (۲)، إذ يكفى فى الصحه العمومات.

[(متمم العشرين)]

(متمم العشرين): لو ضاربه على ألف مثلا فدفع اليه نصفه فعامل به، ثم دفع اليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خساره أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربه واحده (۳) و أما لو ضاربه على خمسمائه فدفعها اليه و عامل بها، و فى أثناء التجاره زاده و دفع خمسمائه اخرى، فالظاهر عدم جبر

---

(۱) لا وجه لتضـعيف هـذا القول بل هو المتعين، بعـد عدم شـمول الروايات الوارده فى المضاربه له حيث لا يصدق عنوان إعطاء المال له

علیه، بل یقتضیه ما دل علی عدم جواز المضاربه بالدین ما لم یقبض فإنه یقتضی عدم جواز المضاربه بالکلی فی الذمه ما لم یتشخص فی الخارج.

إذن: فالظاهر فی المقام هو عدم صحه مثل هذه المضاربه، و یکفینا فی ذلک الشک نظرا لاحتیاج صحه المضاربه إلی الدلیل الخاص و عدم کفایه العمومات فی إثبات صحتها.

(۲) بلا اشکال فیه، لصدق عنوان إعطاء المال علیه و من ثم شمول النصوص له.

(۳) و هو واضح، إذ لا عبره بتعدد التسلیم و القبض و انما العبره بوحده المضاربه و تعددها.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۲۹

خساره إحداهما بربح الأخری (۱) لأنهما فی قوه مضاربتین نعم بعد المزج و التجاره بالمجموع یکونان واحده.

---

(۱) و فیه: ان الخمسمائه الثانیه إذا کانت متممه للمضاربه الاولی و توسعه لها، فحالها حال الصوره الأولی حیث تکون المضاربه واحده غایه الأمر انها کانت عند بدئها ضیقه النطاق، فاتسعت بعد ذلک- کما یتفق ذلک کثیرا فی التجارات حیث تبدأ برأس مال بسیط لاعتبارات قد تکون منها اختبار قدره العامل أو قله المال ثم تتسع مع إحساس المالک بالربح- و حینئذ یکون الربح جابرا للخسران لا محاله بلا فرق بین مزج المالین و عدمه، نظرا لاتحاد المضاربه و عدم تعددها حیث لم تلحظ الثانیه مستقله عن الاولی و فی قبالها.

و أما إذا کانت الخمسمائه الثانیه مضاربه مستقله و منحازه عن المضاربه الأولی- کما لو اختلفت نسبه الربح فیهما بان کان للعامل فی الأولی النصف و فی الثانیه الثلث أو بالعکس- کان الربح فی الثانیه غیر جابر للخسران فی الاولی لا محاله بلا فرق فی ذلک بین فرض مزج المالین و عدمه، فان الامتزاج لا یوجب اتحاد المضاربتین کما

لو كان عاملا لشخصين و اختلط مالهما فى يده، فإنه لا يوجب اتحادهما و جبر خسران إحداهما بربح الأخرى.

و الحمد للّه أولا و آخرا.

[كتاب الشركه]

اشاره

كتاب الشركه

[فصل فى أحكام الشركه]

اشاره

فصل فى أحكام الشركه و هى عباره عن كون الشى ء الواحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا (۱).

و هى (إما واقعيه قهريه) كما فى المال أو الحق الموروث.

---

(۱) لا- يخفى ان لفظ الشركه فى كلمات الفقهاء مستعمل فى معناه اللغوى و هو ما يقابل الاختصاص، و ليس لديهم هناك اصطلاح خاص فيه.

نعم كلامهم (قدس سرهم) فى المقام يختص بحصه خاصه منها.

فإنها قد تفرض فى الأمور التكوينيه الخارجيه كالحفر و القتل، و بهذا المعنى جاء فى الكتاب العزيز «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ» «۱» حيث دلت على انحصار السلطه الحقيقيه و الاستيلاء الخارجى به تعالى.

و قد تفرض فى الأمور الاعتباريه من ملكيه أو حق، فإنهما قد يختصان بواحد و قد يكونان للمتعددين فيكونون شركاء فيهما.

و هذا القسم هو محل الكلام بين الفقهاء (قده).

---

(۱) الفرقان: ۲.

(و إما واقعيه اختياريه) من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضا مواتا بالاشتراك، أو حفرا بئرا أو اغترافا ماءا، أو اقتلعا شجرا.

(و إما ظاهريه قهريه) (١)، كما إذا امتزج مالهما من

---

(١) و فيه: انه لا ـ معنى للشركه الظاهريه- قهريه كانت أم اختياريه- بعد العلم بعدم الاشتراك واقعا، فإن الأحكام الظاهريه انما هى مجعوله فى فرض الشك و الجهل بالحكم الواقعى، فلا معنى لثبوتها مع العلم به و دعوى: ان المراد من الشركه الظاهريه، هو ترتيب آثارها فى مقام العمل و ان لم تكن هناك شركه فى الواقع.

مدفوعه: بأنه لا موجب لإجراء أحكام الشركه بعد العلم بعدمها واقعا و استقلال كل منهما فى ماله.

إذن فالصحيح ان يقال: ان الامتزاج إذا كان على نحو يعد الممتزجان شيئا واحدا عرفا و أمرا

ثالثا مغايرا للموجودين السابقين، كما فى مزج السكر بالخل حيث يوجب ذلك انعدامهما معا و تولد شى ء جديد مغاير لهما يسمى بالسكنجبين، ففيه تكون الشركه شركه واقعيه حقيقيه، فإن الموجود بالفعل مال واحد نشأ عن المالين فيكون ملكا لهما معا، إذ لا موجب لاختصاص أحدهما به.

و هذا الكلام يجرى فى كل مزيج يعد موجودا واحدا لدى العرف فإنه يكون مشتركا واقعا.

و لا ينافى ذلك انه لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه، لكان كل منهما مختصا بمالكه الأول، إذ الشركه الواقعيه فى المقام مشروطه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۳۵

دون اختيارهما- و لو بفعل أجنبى- بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطه بحنطه، أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

(و إما ظاهريه اختياريه) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، و لذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله و أما الاختلاط

ببقاء الامتزاج و كونه موجودا واحدا بنظر العرف، فإذا امتازا انفسخت الشركه للا محاله.

و أما إذا كان الامتزاج بنحو يكون الموجود بالفعل عباره عن موجودات متعدده غير قابله للتمييز خارجا، كما فى مزج الدراهم بمثلها، فلا موجب للقول بالشركه أصلا، فإن كل درهم موجود مستقل عن الآخر و محفوظ فى الواقع.

و لا يبعد ان يكون مزج الحنطه بالحنطه و الحنطه بالشعير من هذا القبيل حيث تكون كل حبه من الخليط مملوكه لصاحبها، و لا موجب للقول بالشركه، بعد ان لم يكن العرف يراه موجودا واحدا فى قبال الموجودين السابقين.

نعم فى دقيقهما لا يبعد حكم العرف بوحده الموجود بالفعل.

و الحاصل، ففى فرض

عدم اعتبار العرف للموجود الخارجي بالفعل موجودا واحدا يبقى كل من المالين على ملك مالكه، و حينئذ فلا بد فى مقام التمييز من الرجوع إلى الصلح القهرى أو القرعه على ما سيأتى.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۳۶

مع التميز فلا يوجب الشركه و لو ظاهرا (۱)، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهرى (۲) أو القرعه.

---

(۱) كما هو واضح، لعدم الموجب لها.)

(۲) و المراد به إجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضى. و إلا فالصلح لا يكون قهرا، فان تعاندا ينتهى الأمر إلى القرعه حيث انها لكل أمر مشكل و مع إمكان التصالح لا اشكال، و اما احتمال اشتراكهما فيه فبعيد جدا و لا موجب له.

و تفصيل الكلام فى المقام ان يقال: انه إذا امتزج المالان فإن أمكن الفرز و التمييز فلا خلاف و لا اشكال، حيث يجب ذلك و لا تصل النوبه إلى الشركه أو الصلح أو القرعه.

و ان لم يمكن التخليص إلا بكلفه بالغه كما إذا امتزج طن من الحنطه بطن من الشعير، حيث قد تزيد اجره الفرز عن قيمه المالين معا، و حينئذ فإن تصالح المالكان فهو و الا- أجبرهما الحاكم عليه و يكون ذلك صلحا قهريا، فان امتنعا باشر الحاكم ذلك بنفسه، حفظا لمال المسلم عن التلف حيث يريد كل منهما إتلاف مال الآخر بمنعه من التصرف فيه و أخذه لنفسه.

و أما القرعه فى المقام فلا موضوع لها، لأنها لرفع الاشتباه و لا اشتباه فى المقام بعد فرض امتياز كل من المالين عن الآخر، فان كل حبه من الحنطه مملوك لمالك الحنطه و كل حبه من الشعير مملوك لمالك الشعير.

هذا كله فيما إذا كان المالك معلوما و اما إذا كان هو مجهولا كاشتباه

الشاتين و العبائتين و الكتابين و ما شاكلها حيث لا يعرف مالك

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۳۷

(و إما واقعيه) مستنده الى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئا واحدا بالشراء أو الصلح أو الهبه أو نحوها.

(و إما واقعيه) منشأه بتشريك أحدهما الآخر فى ماله كما إذا اشترى شيئا فطلب منه شخص أن يشركه و يسمى عندهم بالتشريك. و هو صحيح لجمله من الاخبار (۱).

(و إما واقعيه) منشأه بتشريك كل منهما الآخر فى ماله (۲)

كل منهما بعينه، ففيه لا مجال للشركه أيضا حيث يكون المالان ممتازين فى الخارج، بل ان تصالحا بالاختيار فهو و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و لا مجال للصلح القهرى نظرا لعدم الموجب له، بعد جهاله المالكين و عدم معرفتهما.

إذن: فموضوع كل من الصلح القهرى و القرعه مغاير للآخر، إلا انهما قد يجتمعان فى فرض واحد، كما لو امتزج احد المالين بالآخر على نحو لا يمكن تخليصهما مع جهاله المالك بحيث لا يعلم من هو مالك الأول و من هو مالك الثانى. و حينئذ: فإن تصالحا فهو، و الا فالقرعه أولا ثم المصالحه القهريه.

(۱) ففى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه (ع) قال:

(سألته عن الرجل يشارک فى السلعه، قال: ان ربح فله، و ان وضع فعليه) «۱».

و غيرها، مضافا إلى السيره العقلائيه.)

(۲) و هذا القسم هو المعروف و الشائع من الشركه العقديه، و هو محل الكلام فى المقام.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱ من أبواب أحكام الشركه ح ۱.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۳۸

و يسمى هذا بالشركه العقديه و معدود من العقود، ثم ان الشركه قد تكون فى عين و قد تكون فى منفعه و

قد تكون فى حق، و بحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه و إما بنحو الكلى فى المعين (١) و قد تكون على وجه يكون كل

---

(١) كما لو باع منا من الصبره المعينه لزيد، فان المن الكلى يكون لزيد و الباقى للمالك البائع، و بذلك يكونان شريكين فى الصبره المعينه.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قده) انه، لا- إشكال فى صدق الشركه معه و لا- إشاعه. اللهم إلا- أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث و الربع و نحوها.

و قد أورد عليه فى بعض الكلمات، بان الفرض خارج عن موضوع الشركه، فإنها انما تتحقق فيما إذا كان المال الواحد مملوكا لشخصين أو أكثر على نحو الإشاعه بأن يكون لكل منهما حصه فى كل جزء من ذلك المال، لا- ما إذا كان مال كل منهما مستقلا عن مال الآخر و ان كانا بحسب الوجود واحدا كما فى البيت الواحد إذا كان طابوقه لشخص و جصه لآخر و خشبه لثالث، فإنه لا تتحقق الشركه فيه لاستقلال كل واحد منهم بجزء منه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل فان المالك يملك شيئا و المشترى يملك شيئا آخر حيث يملك الأول الصبره الخارجيه فى حين يملك الثانى الكلى فقط و معه فلا معنى للشركه.

لكن الصحيح هو ما ذهب اليه صاحب الجواهر (قده)، فان قياس المقام على مثال الدار من القياس مع الفارق، إذ العبره فى تحقق الشركه انما هى بوحده الوجود فى الخارج بنظر العرف،

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٣٩

من الشريكين أو الشركاء مستقلا فى التصرف، كما فى شركه الفقراء فى الزكاه (١).

و هى غير متحققه فى مثال الدار بخلاف ما نحن فيه حيث لا يكون وجود الكلى منحازا فى

الخارج عن وجود الفرد الخارجی. بل الکلی موجود بوجود الفرد، و من هنا فالموجود الواحد فی الخارج بالفعل مضاف إلی مالکین و لکن بنحوین من الإضافه، فإنه و بلحاظ الافراد مملوک بتمامه للمالک، و بلحاظ الکلی- الذی هو الثانی موجود بوجود الافراد- مضاف و مملوک للمشتری.

و الحاصل: ان الوجود الواحد لما کان مضافا إلی شخصین.

تحققت الشرکه بینهما فیه، و ان اختلفت نحو الإضافه إلیهما.

(۱) ورد التعبیر بذلک فی بعض النصوص ففی معتبره أبی المعزی عن أبی عبد اللّه (ع) قال «ان اللّه تبارک و تعالی أشرک بین الأغنیاء و الفقراء فی الأموال، فلیس لهم أن یصرفوا إلی غیر شرکائهم» «۱».

الا أن التعبیر بالشرکه فی هذه الموارد مبنی علی نوع من المسامحه و من باب الاستعاره، و الا فلا شرکه فی الواقع- علی ما تقدم بیانه فی محله من کتاب الزکاه مفصلا- فان الموارد المذکوره فی باب مستحقی الزکاه انما هی من باب المصرف لا الملکیه، فالفقیر- مثلا- مصرف للزکاه و الا فهو لا یملک شیئا منها، و من هنا کان التزام الأصحاب بعدم وجوب البسط و الاستیعاب، إذ لو کانت ملکا لهم لوجب ذلک، إیصالا للمال إلی مالکه.

ثم علی فرض الالتزام بالملکیه تحفظا علی ظهور اللام فی قوله تعالی

---

(۱) الوسائل: ج ۶ باب ۲ من أبواب المستحقین للزکاه ح ۴.

....

«إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاکِینِ.» «۱» فیها، فلا مجال للالتزام بها فی المقام أیضا، إذ الملکیه- علی تقدیرها- انما تکون للکلی الجامع و الطبیعی الشامل للأفراد، لا للأفراد بما هی، و من هنا فلا یملک الفرد بما هو و کل واحد منهم بشخصه شیئا، و الا لوجب البسط علی

جمیع افراد الصنف الواحد، و هو غیر واجب جزما- بل غیر ممکن فی الخارج- حتی بناء علی وجوب البسط بین الأصناف.

إذن: فلا معنی لان یقال ان لبعض الشرکاء فی الزکاه التصرف فی المال المشترک مستقلا، إذ لا شرکه حقیقه و فی الواقع، و انما عبر عما فرضه اللّه لهم فی مال الأغنیاء بها مسامحه و من باب ضیق التعبیر.

ثم ان بعضهم (قده) قد علق علی کلام الماتن (قده) فی المقام بأن ما أفاده من کون کل من الفقراء مستقلا بالتصرف فی الزکاه غریب، إذ لا یجوز لفقیر التصرف فی الزکاه بدون اذن الولی و هو المالک أو الحاکم الشرعی فضلا عن أن یکون مستقلا بالتصرف.

و ما ذکره (قده) ناش من التخیل بان مراد الماتن (قده) مما أفاده هو شرکه الفقراء للمالک فی المال و جواز تصرفهم فیه مستقلا.

الا أنه غیر صحیح، فإنه (قده) لا یقصد بما أفاده شرکه الفقراء للمالک، و انما یعنی به شرکه الفقراء بعضهم لبعض فی الزکاه و عبارته (قده) واضحه فی ذلک، فإنه إنما عبر بشرکه الفقراء فی الزکاه و لم یعبر بشرکتهم فی المال الزکوی- المال المشتمل علی الزکاه.

و الحاصل: أن الشرکه انما هی بین الفقراء أنفسهم لا بینهم و بین المالک و موردها هی الزکاه بنفسها لا المال الزکوی، و من هنا فلا

---

(۱) التوبه: ۶.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۴۱

و الساده فی الخمس (۱). و الموقوف علیهم فی الأوقاف العامه (۲).

وجه للإیراد علیه بأنه لا یجوز لهم التصرف إلا بإذن المالک.

و علیه: فکلام الماتن (قده) سالم عن الاشکال من هذه الناحیه و ان کان هو بحد ذاته مبنیا علی المسامحه کما عرفت.

(۱) التعبیر بالشرکه فی الخمس لم

يرد فی شـی ء من النصوص، الا ـ انه و کما ذکرنا فی محله، لما کان بـدلا عن الزکاه- علی ما ورد فی النصوص- حیث جعله اللّه بـدلا للهاشـمیین عنها، کان الکلام فیه هو الکلام فی الزکاه، فإنهم لا یملکونه و انما هم مصـرف له خاصه و لـذا لا یجب بسـطه علیهم و استیعابهم فی القسمه.

و علی تقدیر الالتزام بملکیتهم لظاهر اللام فی قوله تعالی «وَ اعْلَمُوا أَنَّمٰا غَنِمْتُمْ مِنْ شَیْ ءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِی الْقُرْبیٰ. الآیه» «۱» فالملکیه انما هی للجامع الکلی دون الأفراد.

(۲) الوقف قد یکون علی نحو الانتفاع فقط کوقف المدارس و المساکن و نحوهما.

و قد یکون علی نحو الصرف دون التملیک کوقف البستان علی أن یصرف وارداته علی الفقراء.

و قد یکون علی نحو التملیک کما لو أوقف البستان علی أن یکون منافعه ملکا للفقراء.

ففی الأولین لا موضوع للشرکه کما هو واضح، إذ لا ملک لأحد کی یکون شریکا لغیره، غایه الأمر أن له حق الانتفاع فی الأول

---

(۱) سوره الأنفال آیه ۴۱.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۴۲

و نحوها (۱).

[(مسأله ۱): لا تصح الشرکه العقدیه إلا فی الأموال]

(مسأله ۱): لا تصح الشرکه العقدیه إلا فی الأموال (۲) بل الأعیان فلا تصح فی الدیون (۳)، فلو کان لکل منهما

و یکون مصرفا للوقف فی الثانی.

و أما الثـالث فـالملکیه و ان کـانت متحققه الا أن طرفها هو الکلی و الجهه العامه، و أما الفرد بما هو فلا یملک شـیئا کی یکون شریکا لصاحبه.

و الحاصـل: ان مـا أفاده الماتن (قـده) من شـرکه الأفراد فی الزکاه و الخمس و الوقف مبنی علی المسامحه، و إلا فشـرکه الأفراد غیر متحققه بالمره، و ان تحققت شرکه الکلی و الجهه العامه فی بعض الموارد و

على بعض التقادير.

(۱) كالوصيه، و الحال فيها هو الحال فى الأوقاف حرفا بحرف.

(۲) و هى القدر المتيقن من الشركه العقديه الصحيحه.

(۳) إما بناء على اعتبار الامتزاج فى عقد الشركه، فالأمر واضح نظرا لعدم إمكانه إذ لا معنى لامتزاج دين كل منهما بدين الآخر، فان كلا منهما مستقل فى الوجود و منحاز عن الآخر.

و اما بناء على عدم اعتباره- كما لم يستبعده الماتن (قده) نظرا لعدم الدليل عليه غير الإجماع المدعى فى كلمات بعض، على ما سيأتى فى المسأله الرابعه- إنشاء اللّه- فلأن حقيقه الشركه هذه ترجع إلى تمليك كل من المتعاقدين حصه مما له فى ذمه مدينه للآخر بإزاء تمليكه له حصه مما له فى ذمه مدينه، فهى فى الحقيقه معاوضه بلفظ الشركه، و هى ممنوعه لنهى النبى (ص) عن بيع الدين بالدين، فان المنصرف منه هو النهى عن المعاوضه بالدين مطلقا و من غير

دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح و كذا لا تصح فى المنافع (۱)،

اختصاص بعنوان البيع، كما يشهد له ما ورد فى جمله من النصوص من النهى عن قسمه الدين، بان يجعل تمام ما فى ذمه المدين الأول لأحد الورثه فى قبال كون تمام ما فى ذمه المدين الثانى للوارث الآخر فإنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين و مبادلته بمثله تحت اى عنوان من العناوين كان.

(۱) اما بناء على اعتبار الامتزاج، فالأمر واضح، لعدم إمكان تحققه فيما نحن فيه.

و اما بناء على عدمه فقد تفرض الشركه فى المنفعه بمعنى كون كل منهما شريكا فى الأجره الحاصله من استيفاء منفعه عين الآخر، و هى محكومه بالبطلان جزما،

لانه من تمليك المعدوم حيث لا يملك كل منهما الأجره بالفعل، و قد تقدم غير مره انه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و قد تفرض الشركه فى نفس المنفعه، أعنى قابليه الدار للسكنى التى هى موجوده بالفعل.

و فيه ان لم يكن الزمان محدودا و معينا، بان ملك كل منهما صاحبه نصف منفعه داره مطلقا و من غير تحديد بحد معين، حكم ببطلانها لا محاله، لعدم صحه تمليك المنفعه بقول مطلق، مطلقا و بكافه أنواع المملكات، و ذلك للجهاله و الغرر و عدم معلوميه مقدار المنفعه المملوكه إذ قد يتفق تلف احدى العينين قبل الأخرى بزمن طويل.

و أما إذا كان زمان التمليك محدودا و معلوما، فان تم إجماع على البطلان فيه فهو، و الا فلا نرى محذورا فى الحكم بصحتها، فإنها

بأن يكون لكل منهما دار- مثلا- و أوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلا. و لو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر (۱) أو صالح نصف منفعه داره بدينار- مثلا- و صالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار و كذا لا تصح شركه الأعمال (۲) و تسمى شركه الأبدان أيضا و هى أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطه مثلا، أو كان عمل أحدهما الخياطه و الآخر النساجه، و سواء كان ذلك

و فى الحقيقه ترجع إلى تمليك كل منهما الحصه من منفعه داره لصاحبه بإزاء تمليك صاحبه الحصه من منفعه داره له، و هى بمنزله الإجاره.

و يظهر من المحقق الأردبيلى (قده) الميل إلى الصحه فى هذه الموارد، فإنه (قده) و

ان لم يذكر هذا الفرض بخصوصه، إلا انه (قده) ذكر انه لم يظهر دليل على عدم الجواز إلا الإجماع.

فإن كان فهو، و إلا فلا مانع منه.

و من هنا يظهر ان ما ارتكبه الماتن (قده) من الحكم بالبطلان فى المقام، مع عدم اعتباره للامتزاج فى غير محله.

و لعله لهذه الجهه لم يتعرض المحقق و صاحب الجواهر (قدس سرهما) إلى اعتبار كونه من الأعيان، فإنهما لم يعتبرا إلا كونه من الأموال و مقتضاه صحه الشركه فى المنافع أيضا، لكونها منها جزما.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدم.

(٢) ان أرادوا بذلك عقد الشركه فى الأجرتين اللتين تحصل لهما

فى عمل معين أو فى كل ما يعمل كل منهما. و لو أراد الاشتراك فى ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينه أو منافعه إلى مده كذا بنصف منفعه أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين و صالحه الآخر أيضا نصف منفعته بذلك العوض. و لا تصح أيضا شركه الوجوه (١)، و هى أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركه على أن يبتاع كل منهما فى ذمته إلى أجل، و يكون ما يبتاعه بينهما، فيبيعانه و يؤديان الثمن و يكون

من عملهما- كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم- فلا ينبغى الإشكال فى بطلانها.

و ذلك: لما تقدم غير مره من عدم الدليل على صحه تمليك المعدوم، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل.

و ان أرادوا بها الشركه فى نفس المنفعه بأن يملك كل منهما نصف خياطته- مثلا- فى ذلك اليوم لصاحبه فى قبال تمليك صاحبه نصف خياطته فى ذلك اليوم له، فلا نعلم وجها لبطلانها. فإنها من شركه

المنافع، و قد عرفت صحتها بناء على عدم اعتبار الامتزاج.

و قد ذكر صاحب الجواهر (قده) ان المحكى عن الأردبيلى (قده) صحه شركه الاعمال، ما لم يتم إجماع على البطلان.

(۱) و الوجه فيه واضح، إذ لا معنى لان يشترك الإنسان فى ثمن ما يختص بغيره، و مثل هـذا العقد داخل فى تمليك المعدوم و هو غير جائز.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۴۶

ما حصل من الربح بينهما. و إذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح و كل كل منهما الآخر فى الشراء، فاشترى لهما فى ذمتهما. و شركه المفاوضه أيضا باطله (۱) و هى أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره أو زراعه أو كسب آخر أو إرث أو وصيه أو نحو ذلك مشتركا بينهما، و كذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما. فانحصرت الشركه العقديه الصحيحه بالشركه فى الأعيان المملوكه فعلا (۲) و تسمى شركه العنان.

[(مسأله ۲): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح]

(مسأله ۲): لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح (۳).

---

(۱) و الوجه فيه أوضح من سابقه، فإنه من تمليك ما قد يملكه فى المستقبل، و هو باطل جزما.

(۲) بل و المنافع إن لم يتم إجماع على اعتبار الامتزاج.

(۳) بل الأظهر البطلان، لجهل المستأجر بمقدار العمل الذى يملكه فى ذمه كل من الأجيرين، و جهلهما بما يخص كلا منهما من الأجره فى ذمه المستأجر فإنه قادح فى الصحه لا محاله.

و العلم بمجموع الأجرتين و العملين لا ينفع فى الصحه، بعد الجهاله بما لكل واحد منهما و ما عليه، و لا يقاس المقام ببيع الصفقه حيث يحكم فيه بالصحه للعلم بمجموع المبيع و مجموع الثمن، و لا يقدح فيه الجهل بما يقابل

كل جزء من الثمن.

فإنه من القياس مع الفارق فان البيع فعل واحد صادر من بايع

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۴۷

....

واحد لمشتر واحد متعلق بمجموع شيئين بثمن واحد، فكل من المبيع و البائع و المشترى و الثمن معلوم، غايه الأمر أن تقسيم الثمن على اجزاء المثمن مجهول و هو غير قادح بعد علم كل من البائع و المشترى بمقدار ما يملكه بإزاء ما يدفعه بمقتضى العقد.

و اين هذا من المقام حيث يكون المملوك لكل من المستأجر و الأجيرين مجهولا فإن المستأجر لا يعلم بمقدار ما يملكه فى ذمه الأجير الأول و ما يملكه فى ذمه الأجير الثانى، كما أن كلا منهما لا يعلم بما يملكه فى ذمه المستأجر.

و بعباره اخرى: ان الإجاره لما كانت واقعه مع أجيرين، كانت فى الحقيقه بمنزله إجارتين و من هنا فلا يكفى معلوميه مقدار مجموع العمل، بل لا بد من العلم بمقدار ما يملكه المستأجر على كل منهما مستقلا، و حيث انه غير حاصل فلا محيص عن الحكم ببطلان مثل هذا العقد.

و بذلك يظهر الفرق بين المقام و بيع الصفقه و ان كانت الصفقه لمالكين كما إذا باع الوكيل ماله و مال موكله صفقه واحده فإن مجموع الصفقه و الثمن معلوم للبائع و المشترى و ان ما انتقل إلى المشترى هو تمام الصفقه، كما ان ما انتقل إلى كل من مالكى الصفقه من الثمن متعين فى الواقع بنسبه ما يملكه كل منهما إلى مجموع الصفقه.

و هذا قد يكون مجهولا للبائع و المشترى حين البيع إلا انه لا يضر بالصحه إذ لا يترتب عليه اى غرر، و لا يعتبر فى صحه البيع العلم بمقدار ما يقع من الثمن بإزاء كل

جزء من المبيع.

و اما فى المقام فما يملكه المستأجر على كل من الأجيرين و ما يملكانه عليه من الأجره فلا تعين لهما حتى فى الواقع و نفس الأمر، و ما يصدر

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۴۸

....

منهما من العمل فيما بعد و ان كان متعينا فى علم اللّه، إلا انه لا يكشف عن ان المملوك من الأول كان بهذا المقدار كما هو ظاهر.

و لأجل ذلك يحكم بالبطلان لا محاله.

هذا و لكن المنصرف عرفا، من اجاره شخصين لعمل واحد بأجره واحده هو اراده توزيع العمل بينهما نصفين متساويين، فيكون مرجع إجارتهما كذلك اجاره كل منهما على نصف العمل بنصف الأجره.

و هذه الإجاره و ان كانت صحيحه إلا انه لا يتفرع عليها ما ذكره الماتن (قده) بعد الحكم بالصحه.

بل الصحيح حينئذ ان يقال: انهما ان أتيا بالعمل كذلك- نصفين متساويين- استحق كل منهما نصف الأجره، و ان أتى أحدهما بنصيبه مع زياده بحيث قام ببعض واجب الآخر أيضا، لم يؤثر ذلك فى زياده استحقاقه من الأجره على حساب صاحبه، بل لكل منهما نصف الأجره أيضا، فإنه لا يستحق صاحب الزياده بإزاءها شيئا لا من المسمى لخروج عمله الزائد عن متعلق إجارته و لا أجره المثل لعدم الأمر به من المستأجر أو الأجير الثانى، و بذلك فيذهب عمله الزائد هدرا لا محاله.

و أما العامل الآخر- الآتى بالأقل- فيستحق تمام النصف، لانه ملكه بالعقد و قد هيأ نفسه للإتيان بما وجب عليه من العمل فسبقه للغير بالإتيان ببعضه و بذلك قد فوت عليه موضوعه- على ما تقدم تحقيقه مفصلا فى كتاب الإجاره فراجع.

و الحاصل: ان الإجاره هذه ان وقع على ان توزع الأجره بينهما بنسبه عمل كل منهما

إلى المجموع، بطلت لمجهوليه ما يملكه كل منهما على الآخر، و عدم الجدوى فى العلم بمقدار المجموع فى

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۴۹

....

أمثال المقام.

و ان وقعت على ما هو المنصرف إليه فى مثل المقام من الاشتراک فى العمل و الأجره بالمناصفه صحه و استحق كل منهما نصف الأجره و ان اختلفا فى مقدار العمل.

نعم لو فرض أن الأجيرين اتفقا فيما بينهما بعقد الجعاله على ان يكون لمن يقوم ببعض عمل الآخر بنسبه ما أتى به إلى مجموع العمل من الأجره، صح و استحق من أتى بعمله و زياده نصف المسمى بعقد الإجاره و ما قابل الزياده بالنسبه من حصه صاحبه بعقد الجعاله.

و حينئذ فإن علم بتساوى العملين استحق كل منهما النصف و لم يبق لعقد الجعاله موضوع.

و ان علم بزياده عمل أحدهما بعينه على الآخر و علم مقدار الزياده استحق زياده على النصف الذى يأخذه بعقد الإجاره من الجعل بالنسبه.

و إن شک فى التساوى و الزياده كان المورد من موارد الشک فى استحقاقه على الآخر شيئا و مقتضى الأصل عدمه.

و نحوه ما إذا علم بالزياده و شک فى مقدارها حيث يؤخذ بالمتيقن منها و ينفى الزائد عنه بالأصل.

و كذا لو شک فى زياده عمل كل منهما على الآخر و عدمها.

بل و كذا لو علم بأصل الزياده و لكن جهل صاحبها فإنه و ان تحقق العلم الإجمالى باستحقاق أحدهما على الآخر شيئا بالجعل، إلا انه لا اثر لهذا العلم الإجمالى لدورانه بين مكلفين لا تكليفين لمكلف واحد و حينئذ فينفى كل منهما استحقاق الآخر شيئا عليه بالأصل و بذلک يأخذ كل منهما نصف الأجره لا محاله.

و مما ذكرنا يظهر انه لا مورد فى الفرض

المذكور للقرعه و لا الصلح

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۵۰

و كانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما. و لا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع. و لا يكون من شركه الأعمال التى تكون باطله بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل و أعطاهما شيئا واحدا بإزاء أجرتهما و لو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوى حمل عليه، لأصاله عدم زياده عمل أحدهما على الآخر (۱) و ان علم زياده أحدهما على الآخر.

القهرى حيث يدور أمر المكلف بين كونه مشغول الذمه للغير و كون الغير مشغول الذمه له، و فى مثله فان لم يدع أحدهما على الآخر شيئا فهو و إلا فإن ادعى أحدهما الزياده خاصه كان المورد من قبيل المدعى و المنكر و ان ادعيا معا كان من التداعى و على كلا التقديرين لا بد من الرجوع إلى القواعد المذكوره فى باب القضاء.

هذا و ما ذكرناه من ظهور استئجار اثنين لعمل واحد فى المناصفه غير مختص بالمقام بل يجرى فى سائر الأبواب أيضا، و قد تعرض له الفقهاء (قدس سرهم) فى بعضها كأبواب الهبه و الوصيه و البيع و نحوها فإنه لو أوصى بداره لاثنين كان بينهما بالتنصيف و ليس ذلك إلا لفهم العرف من تشريك اثنين فى الهبه كون المال بينهما نصفين.

(۱) لا يخفى انه لا مجال للتمسك بهذا الأصل فى المقام بناء على ما أفاده الماتن (قده) من الصحه و استحقاق كل من العاملين من الأجره بمقدار ما يقع بإزاء عمله بالنسبه فإنه حينئذ لا أثر شرعى

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۵۱

فيحتمل القرعه فى المقدار الزائد (۱) و يحتمل

الصلح القهری.

[(مسأله ۳): لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء بآنیه واحده أو نصبا معا شبکه للصید أو أحییا أرضا معا]

(مسأله ۳): لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء بآنیه واحده أو نصبا معا شبکه للصید أو أحییا أرضا معا، فان ملک کل منهما نصف منفعته بنصف منفعه الآخر اشترکا فیه بالتساوی، و الا فلکل منهما بنسبه عمله و لو بحسب القوه و الضعف. و لو اشتبه الحال فکالمسأله السابقه (۲) و ربما یحتمل التساوی مطلقا (۳)، لصدق اتحاد فعلهما فی السببیه.

یترتب علی الزیاده و عدمها، إذ الأثر إنما یترتب علی مقدار نسبه عمل کل منهما إلی المجموع و هی لا تثبت بأصاله عدم الزیاده، علی انها معارضه بأصاله عدم التساوی حیث ان کلا منها أمر حادث.

و علیه فلا بد من الرجوع إلی القرعه أو الصلح القهری.

(۱) قد عرفت انه لا مجال للرجوع إلی القرعه أو الصلح القهری عند الشک فی مقدار الزیاده إذا کان استحقاق الآتی بالزیاده من جهه الجعاله لا بأصل الإجاره و اما إذا کان بأصل الإجاره کما ذهب الیه الماتن (قده) فالرجوع إلی القرعه انما یکون فیما إذا کانت أطرافها معلومه، و أما مع جهالتها کما لو کثرت جدا بان دار أمر الزیاده بین جزء من ألف جزء إلی مائه جزء من ألف جزء، فحیث لا یمکن تعیین المحتمل بالقرعه فلا محیص عن الرجوع إلی الصلح القهری ان لم یمکن الاختیاری منه.

(۲) من الحمل علی التساوی عند احتماله، و القرعه أو الصلح القهری عند العلم بالزیاده. و قد تقدم الکلام فیه آنفا.

(۳) ذکره صاحب الجواهر (قده) لاستناد الفعل إلیهما معا

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۵۲

....

و من دون ترجیح فی ذلک لأحدهما علی الآخر.

و ما أفاده (قده) صحیح فی الجمله لا مطلقا، فإنه لا بد من التفصیل فی هذه

الموارد و موارد الجعاله مما تكون الملكيه مسببه عن العمل الخارجى بين كون العمل الصادر من الاثنين مركبا ذا اجزاء و بين كونه بسيطا لا جزء له.

ففى الأول- كالكتابه و الخياطه و البناء- لا- محيص عن الالتزام بملكيه كل منهما بنسبه عمله، و لا وجه للتنصيف بعد فرض اختلاف مقدار عمل أحدهما عن الآخر.

و فى الثانى يتم ما أفاده (قده)، إذ العمل الواحد البسيط مستند إليهما معا لا محاله على حد سواء، و ان كان أحدهما أقوى من الآخر إذ لو لا كل منهما لما تحقق نهائيا، ففى مثل القلع و اغتراف مقدار معين من الماء دفعه و ما شاكلهما لا يتحقق هذا الفعل الوحدانى إلا بهما معا، فهو مستند إليهما و حاصل بفعلهما معا.

و من هنا يشتركان فى ملكيته على حد سواء و ان كان أحدهما أقوى من صاحبه، و كذا الحال فى الصيد فان نصب الشبكه المؤدى إلى الاستيلاء على السمكه اثر وحدانى بسيط يستند إليهما على حد سواء و ان اختلفا فى نسبه صنعها فإنه لا اثر له.

و على ما ذكرنا جرى الأصحاب فى موارد الضمانات و غيرها، فذكروا انه إذا أتلف اثنان مال ثالث ضمناه بالسويه بحيث يكون على كل منهما نصف قيمته مطلقا و ان كان فعل أحدهما أقوى من صاحبه كما لو كانت ضربته أقوى من ضربه الآخر، و ذكروا أيضا ان القاتلين لثالث يشتركان فى قصاصه أو ديته و ان كان القتل حاصلا من ضربه واحده من أحدهما و ضربتين من الآخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۵۳

و اندراجهما فى قوله «من حاز ملك» (۱) و هو كما ترى.

[مسأله ۴): يشترط- على ما هو ظاهر كلماتهم- فى الشركه العقديه]

(مسأله ۴): يشترط- على ما هو ظاهر كلماتهم- فى

الشركه العقديه، مضافا إلى الإيجاب و القبول، و البلوغ و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفلس أو سفه، امتزاج المالين (٢) سابقا على العقد أو لاحقا، بحيث لا يتميز

و ليس ذلك الا ـ لكون الإتلاف و القتل فعلا بسيطا مستندا إليهما على حد سواء فكلامهم (قده) هذا فى أبواب الضمانات و القصاص و الديات يشهد بما اخترناه من الحكم بالتنصيف مع بساطه الفعل فيما نحن فيه من موارد سببيه الفعل للتملك، لوحده المناط فى المقامين و هو كون الفعل الصادر سببا لأثر يرتبط بفاعله.

(١) هذه الجمله و ان لم ترد فى النصوص، إلا ان أصل الحكم متسالم عليه بينهم و يدل عليه قولهم (ع) «للعين ما رأت و لليد ما أخذت».

(٢) و الكلام فيه ينبغى ان يقع فى مقامين:- الأول: فى مقام الثبوت و إمكان أخذ الامتزاج شرطا فى الشركه العقديه.

الثانى: فى مقام الإثبات و الدليل على اعتبار هذا الشرط.

أما المقام الأول: فإن كان مرادهم (قدس سرهم) من الامتزاج فى كلماتهم هو الامتزاج المتقدم فى أول هذا الفصل، و الذى يكون سببا للشركه القهريه سواء أحصل عن الاختيار و القصد أم لا، كمزج الدهن بالدهن، فلا يعقل كونه شرطا فى الشركه العقديه، لأنه ان تقدم على العقد كان هو تمام السبب فى تحققها و لا يكون العقد من

....

بعده إلا ـ كوضع الحجر فى جنب الإنسان، و ان تأخر عنه كان العقد لغوا محضا لتحقق الشركه بالمزج سواء سبقه العقد أم لم يسبقه.

و دعوى: ان المزج المتأخر يكون كاشفا عن تحقق الشركه بالعقد السابق فلا يكون لغوا- على ما احتمله صاحب الجواهر (قده).

تكلف بلا موجب و حمل لكلماتهم على خلاف

ظاهرها، فان ظاهر كلمات المعتبرين للمزج عدم تحقق الشركه إلا بعده، و من هنا فلا موجب لحمله على الكاشفيه بل هو شرط مقارن- فى نظرهم- و معه فيرد عليه انه تمام السبب لها و بذلك فلا يكون العقد السابق إلا لغوا محضا.

نعم لو كان مرادهم (قدس سرهم) من المزج غير ذلك. بان أرادوا به ما يوجب الشركه الظاهريه- على ما التزم به الماتن (قده) كمزج الدرهم بمثلها فهو أمر معقول و لا بأس به.

و لعله هو مراد الجماعه من الامتزاج، لا سيما من لم يشترط فيه اتحاد الجنس و الوصف، بان يقال بان الامتزاج هذا و ان لم يكن موجبا للشركه الواقعيه إلا انه حيث لحق العقد أو لحقه العقد أوجب الشركه بينهما حقيقه.

أما المقام الثاني: فالظاهر عدم انعقاد الإجماع على اعتباره، و ان ورد ذلك فى كلمات بعض كالعلامه (قده).

و الذى يكشف عن صحه ما ذكرناه عدم تعرض أكثر القدماء من الأصحاب لهذه المسأله بالمره، إذ لم يرد فى كلمات كثير منهم ذكر لها، نعم تعرض لها جمله منهم الا ان عباراتهم قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتزاج.

فقد ذكر القاضى (قده) فى الجواهر ان صحه الشركه مع الامتزاج

أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض.

بل اشترط جماعه اتحادهما فى الجنس و الوصف. و الأظهر

إجماعى و لا إجماع على صحتها مع عدمه.

و عبارته (قده) كما تراها قاصره عن إثبات الإجماع على اعتبار الامتزاج فى صحه الشركه العقديه، إذ غايه ما تدل عليه هو انعقاد الإجماع على صحه الشركه مع الامتزاج لا بطلانها مع عدمه، و بينهما بون بعيد.

و مثله المحكى عن الشيخ (قده).

و اعتبر ابن زهره

(قده) فی الغنیه الامتزاج، إلا انه لم یتعرض لدعوی الإجماع علی اعتباره.

نعم تعرض ابن حمزه (قده) فی الوسیله إلی هذا الشرط و اعتبره و ادعی علیه الإجماع.

إلا ان الشهید (قده) فی اللمعه و المحقق (قده) فی الشرائع لم یتعرضا له بالمره، و انما ذکرا أن المزج سبب قهری للشرکه سواء أحصل بالاختیار أم لا به، و هو کما تراه أجنبی عن محل الکلام.

هذا و قد صرح صاحب الحدائق (قده) بعدم الدلیل علی اعتبار اتحاد الجنس و الوصف و الامتزاج، و اعتبره منافیا لإطلاقات الآیات الکریمه و النصوص الشریفه.

و الذی یتحصل مما تقدم انه لا- طریق لإحراز الإجماع التعبدی علی اعتبار الامتزاج، و حینئذ فمقتضی القاعده کما مال الیه الماتن (قده) هو القول بعدم اعتباره فی الشرکه بقول مطلق.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۵۶

عدم اعتباره (۱)، بل یکفی الامتزاج علی وجه لا یتمیز أحدهما من الآخر، کما لو امتزج دقیق الحنطه بدقیق الشعیر و نحوه، أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر. بل لا یبعد کفایه امتزاج الحنطه بالشعیر و ذلک للعمومات العامه، کقوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «۱».

و قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» «۲» و غیرهما بل لو لا- ظهور الإجماع علی اعتبار الامتزاج أمکن منعه مطلقا، عملا بالعمومات. و دعوی عدم کفایتها لإثبات ذلک، کما تری. لکن الأحوط مع ذلک ان یبیع کل منهما حصه مما هو له بحصه مما للآخر، أو یهبها کل منهما للآخر أو نحو ذلک، فی غیر صوره الامتزاج الذی هو المتیقن.

هذا و یکفی فی الإیجاب و القبول کل ما دل علی الشرکه من قول أو فعل.

[(مسأله ۵): یتساوی الشریکان فی الربح و الخسران]

(مسأله ۵): یتساوی الشریکان فی الربح و الخسران

---

(۱) لانه و ان ذکر فی

کلمات بعضـهم، إلا ان جمله منهم کالشیخ (قده) لم یعتبره صریحا و من هنا فإثباته بالدلیل مشکل جدا، لفقدان الدلیل اللفظی و عدم تمامیه الإجماع، بل و مخالفته للعمومات.

---

(۱) سوره المائده، آیه ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۵ باب ۲۰ من أبواب المهور ح ۴.

مع تساوی المـالین، و مع زیاده فبنسبه الزیاده ربحا أو خسـرانا (۱) سواء کـان العمـل من أحـدهما أو منهمـا، مع التساوی فیه أو الاختلاف أو من متبرع أو من أجیر هـذا مع الإطلاق، و لو شـرطا فی العقـد زیاده لأحـدهما، فإن کان للعامل منهما أو لمن عمله أزید، فلا اشـکال و لا خلاف عندهم فی صـحته (۲) أما لو شـرطا لغیر العامل منهما أو لغیر من عمله أزیـد ففی صـحه الشـرط و العقد، و بطلانهما، و فی صحه العقد و بطلان الشرط- فیکون کصوره الإطلاق-

---

(۱) و هو واضح لقاعده تبعیه النماء و الربح فی الملک للأصل، نظرا لکون نسبتهما إلی المالین علی حد واحد.

(۲) بل ادعی علیه الإجماع فی بعض الکلمات صـریحا، و الوجه فیه رجوعه إلی اشتراط عقد المضاربه فی ضـمن عقد الشـرکه و هو لا- محـذور فیه حتی و لو کـان رأس المـال من غیر النقـدین، إذ ان اعتباره فیها انما کان للإجماع الـذی ادعی علیه، و هو فی المقام مفقود، بل الإجماع قائم علی عدم اعتباره فی المقام حیث لم ینسب الخلاف فی صحته إلی احد من الأصحاب.

و الحاصل: انه لا ینبغی الإشکال فی صحه هذا العقد مع الشرط، لانه شرط سائغ و مشروع فی حد ذاته، و اعتبار کون رأس المال من النقدین- إن تم- فهو انما یعتبر فی المضاربه المستقله دون ما

كان فى ضمن عقد الشركه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۵۸

أقوال، أقواها الأول (۱) و كذا لو شرطا كون الخساره على أحدهما أزيد (۲) و ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و دعوى: انه مخالف لمقتضى العقد، كما ترى. نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه (۳) و القول بأن جعل الزياده لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون فى مقابلتها ليس تجاره،

---

(۱) بل الأخير لمخالفه الشرط لمقتضى السنه على ما سيأتى بيانه.

(۲) الحال فيه كالحال فى سابقه حرفا بحرف.

(۳) الصحيح فى الجواب ان يقال: ان عقد الشركه أجنبى عن الربح بالمره. فإن مقتضاه الاشتراك فى المالين بنسبتهما إلى المجموع فقط، فلو اشترطا خلاف ذلك بان يكون لأحدهما ثلثا المجموع و للآخر الثلث مع تساويهما فى المالين، حكم ببطلانها، لمخالفه الشرط لمقتضى عقدها، و اما الربح فعقد الشركه أجنبى عنه تماما، و تساويهما فيه بالنسبه انما ثبت بدليل خارجى هو ما دل على تبعيه النماء لأصل المال فى الملكيه، لا بعقد الشركه.

و من هنا فان كانت هناك مخالفه فى الشرط فهى مخالفته للسنه لا لمقتضى العقد كى يقال انه ليس مخالفا له و انما هو مخالف لإطلاقه.

و على ضوء هذا يتضح وجه عدو لنا عما اختاره الماتن (قده) من أقوائيه القول الأول إلى أقوائيه القول الأخير.

فإن هذا الشرط من الشرط المخالف للسنه حيث ان مقتضاها تبعيه الربح للمال فى الملك و كونه لصاحبه، فاشتراط كونه كلا أو بعضا لغيره يكون من الشرط المخالف لها.

و بعباره اخرى: ان الربح المشترط كونه للغير إذا كان موجودا

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۵۹

....

بالفعل و مملوكا له، كما لو كان ربحا لتجاره سابقه، فلا مانع من أخذ فى العقد لانه

شرط سائغ و المالک مسلط على ماله يتصرف فيه كيف يشاء و أما إذا لم يكن كذلك، كما هو الحال فيما نحن فيه حيث ان ربح التجارات الآتيه أمر معدوم و لا وجود له بالفعل، فلا يصح أخذه شرطا إذ لا يصح تمليک المعدوم و كان من الشرط المخالف لمقتضى السنه، إلا ما أخرجه الدليل كالمضاربه و المزارعه و المساقاه.

و لذا لم يتوقف أحد فی بطلان هذا الشرط إذا أخذ فی ضمن عقد آخر كالبيع و الإجاره و نحوهما بان يشترط البائع على المشتری فی عقد بيع الدار- مثلا- أن يكون أرباح بستانه له، فإنه فاسد جزما، إذ الشرط لا يكون مشرعا و انما أدلته تنظر إلى لزوم الوفاء به فيما يكون سائغا و مشروعا فی نفسه.

و الحاصل: أن اشتراط احد الشريكين الزياده فی الربح من دون ان يكون ذلک فی قبال عمل أو زياده فيه، من الشرط المخالف و محكوم بالفساد لا محاله، الا أن ذلک لا يؤثر على العقد شيئا فإنه محكوم بالصحه لما عرفته فی محله من أن التحقيق يقتضی عدم سرايه فساد الشرط إلى العقد نفسه.

ثم انه قد يفصل فی المقام بين ما إذا كان الشرط ملكيه أحدهما الزياده ابتداء و بنفس العقد بحيث ينتقل ذلک المقدار من الربح إليه مباشره، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنه، و بين ما إذا كان الشرط تملک الشريک ذلک المقدار بعد تملكه هو له بحيث يكون انتقاله منه اليه لا- من المشتری مباشره، فيحكم بصحته لعدم مخالفته للسنه نظرا لعدم منافاته لقانون تبعيه الربح الأصل المال فی الملكيه. فان كلا منهما

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۶۰

....

يملک من الربح بنسبه ماله إلى المجموع، ثم ينتقل

ما اشترط من الزياده من المشروط عليه إلى المشروط له.

الا ـ ان فساده يظهر مما تقدم، فإنه مخالف للكتاب و السنه أيضا حيث انه يتضمن تمليك المعدوم بالفعل و هو غير جائز، فإنه ليس للإنسان أن يملك غيره ما لا يملكه بالفعل و بذلك يكون اشتراطه من اشتراط أمر غير جائز فيحكم بفساده لا محاله لأن أدلته ليست بمشرعه.

و الحاصل: انه لا ـ فرق فى الحكم ببطلا ـ ن هذا الاشتراط بين كون الشرط هو انتقال الزياده إلى الشريك مباشره و انتقالها إليه بواسطه مالكها و بعد انتقالها إليه، فإن ما لا يكون مشروعا فى حد نفسه لا يكون كذلك بالشرط، لان الاشتراط لا يغير الأحكام الإلهيه، لكن ذلك لا يوجب فساد العقد أيضا، فإنه محكوم بالصحه.

و يقتضيه مضافا إلى ما بيناه فى محله، صحيحه رفاعه قال:

«سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل شارك رجلا فى جاريه له و قال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، و ان كانت وضيعه فليس عليك شى ء فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه» «۱».

فإنها داله على صحه العقد فى ظرف فساد الشرط المأخوذه فيه و إن لم أر من تعرض لها فى المقام و ذلك لان المشار اليه بقوله (ع):

«لا أرى بهذا بأسا» لا يمكن أن يكون هو نفس عقد الشركه، لاستلزامه المنافاه مع قوله (ع): «إذا طابت نفس صاحب الجاريه»: فإنه يكون لغوا محضا، لان المفروض انه هو الذى طلب

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱ من أبواب أحكام الشركه، ح ۸.

بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل (۱). و دعوى:

أن العمل بالشرط غير لازم لأنه فى عقد جائز. مدفوعه أولا: بأنه

مشترک الورود إذ لازمه عدم وجوب الوفاء

من الآخر ذلک.

بل المشار إلیه بأداه الإشاره انما هو نتیجه الشرط اعنی احتساب تمام الوضعیه علی نفسه و عدم تحمیل صاحبه شیئا منها.

و من هنا تکون الروایه داله علی فساد الشرط إذ لولاه لکان مجبورا علی ذلک سواء أ طابت نفسه به أم لا.

و بعباره اخری: ان إناطه الحکم بطیب النفس و عدمه کاشف عن عدم لزوم الشرط و نفوذه علیه، بمعنی کونه غیر مجبور علی الوفاء به بل الأمر بیده، فان طابت نفسه به فله ذلک و إلا فله الامتناع عنه، و هذه عباره أخری عن فساد الشرط و إلا فلا وجه لاعتبار طیب النفس فی الحکم.

إذن: تکون الروایه داله علی ان فساد الشرط و عدم نفوذه، لا یتنافی مع کون أصل العقد صحیحا.

(۱) لان التملیک برضا کل من المتعاملین، و الأکل المستند الیه لا یکون من الأکل بالباطل جزما، فان التملیک بالرضا ینافیه.

و لذا لو کان متعلق الشرط فی المقام غیر الزیاده فی الربح، بان اشترط أحدهما علی الآخر عملا أو مالا معینا لم یکن من الأکل بالباطل جزما.

و الحاصل: ان الأکل المستند إلی التملیک بالرضا فی ضمن عقد سائغ مع وجوب الوفاء به لا یکون من الأکل بالباطل.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۶۲

به فی صوره العمل أو زیادته (۱). و ثانیا: بأن غایه الأمر جواز فسخ العقد فیسقط وجوب الوفاء بالشرط (۲) و المفروض فی صوره عدم الفسخ، فما لم یفسخ یجب الوفاء به، و لیس معنی الفسخ حل العقد من الأول، بل من حینه (۳)، فیجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلی ذلک الحین، هذا و لو شرط تمام الربح لأحدهما بطل العقد، لانه خلاف

مقتضاه (۴). نعم لو شرطا كون تمام الخساره

و من هنا فلو كان عموم: «المؤمنون عند شروطهم» شاملا له، لكان الشرط محكوما بالصحه بلا اشكال.

(۱) و الحال انك قد عرفت انه لم ينسب الخلاف فى صحته إلى أحد من الأصحاب.

(۲) على ما عرفت بيانه مفصلا فى كتاب المضاربه.

(۳) و لذا ذكرنا فى كتاب المضاربه ان الفسخ لا يؤثر بالنسبه إلى الأرباح السابقه عليه شيئا، بل يوزع الربح بينهما بالنسبه التى اتفقا عليه فى العقد.

(۴) لم يظهر لنا وجه التفصيل بين اشتراط تمام الربح لأحدهما و اشتراط بعضه، فإنه يجرى فيه ما قيل فى اشتراط البعض من انه ليس منافيا لمقتضى العقد و انما هو مناف لمقتضى إطلاقه خاصه، فلا فرق بينهما من هذه الجهه.

على انك قد عرفت انه ليس منهما معا فان العقد أجنبى عن الربح تماما، فإنه لا يقتضى إلا اشتراكهما فى المالين فى قبال اختصاص كل منهما بأحدهما.

على أحدهما، فالظاهر صحته (۱) لعدم كونه منافيا.

[(مسأله ۶): إذا اشترطا فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما]

(مسأله ۶): إذا اشترطا فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما

نعم يبقى فيه ما ذكرناه فى اشتراط البعض من كونه منافيا للسنه حيث يقتضى المنع من تمليك المعدوم بالفعل، فإنه لو لا هذه الجهه لوجب الالتزام بصحه الشرط و العقد معا كما التزم به الماتن (قده) فى اشتراط البعض.

ثم انه لو قلنا بفساد الشرط لمخالفته لمقتضى العقد- كما أفاده الماتن (قده) لم يكن محيص عن الالتزام بفساد العقد أيضا، إذ لا يجرى فيه ان فساد الشرط لا يسرى إلى العقد، فإنه انما يتم فى الشروط الخارجيه عن مفاد العقد، و اما الشروط المنافيه لمقتضاه

ففسادها يستدعى فساد العقد لا محاله، لرجوعه إلى إنشاء أمرين متناقضين، كما لو باعه الدار على ان لا يملك، و هو يرجع فى الحقيقه إلى عدم البيع.

(١) بل الظاهر بطلانه، و ذلك لا لكونه منافيا لمقتضى العقد، إذ قد عرفت أن مفهوم الشركه أجنبى عنها و عن الربح بالمره، فإنه ليس إلا تبديل عنوان الاختصاص بعنوان الاشتراك فقط، و اما كون الربح أو الخساره بينهما فهو أمر خارج عنه و لا علاقه له به.

بل لكونه منافيا للكتاب و السنه، فان كون خساره مال احد و تلفه على غيره من غير ما يوجب الضمان من تلف أو إتلاف يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و لذا لا يلتزمون بصحته فى غير هذا العقد.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢۶۴

فهو المتبع، و لا يجوز التعدى، و ان أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر. و مع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه، فان كان مقيدا بنوع خاص من التجاره لم يجز التعدى عنه، و كذا مع تعيين كيفيه خاصه (١) و ان كان مطلقا فاللازم الاقتصار على المتعارف (٢) من حيث النوع و الكيفيه. و يكون حال المأذون حال العامل فى المضاربه، فلا يجوز البيع بالنسيئه، بل و لا الشراء بها، و لا يجوز السفر بالمال، و ان تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخساره و التلف (٣)، و لكن يبقى الأذن بعد

إذن: فالظاهر فى جميع هذه الموارد- اشتراط الربح تماما أو بعضا و الخساره كذلك لأحدهما أو عليه- بطلان الشرط خاصه و من دون سرايه إلى العقد نفسه، و بذلك يكون حال هذه الصور حال صوره الإطلاق حيث يتقاسم الشريكان الربح و الخسران

بنسبه ماليهما إلى المجموع.

(۱) لاختصاص الأذن بها و انتفاءه عن غيرها.

(۲) للانصراف اليه عند عدم التعيين.

(۳) أما مع التلف فلا ينبغى الإشكال فى ضمانه. فإنه و بتصرفه تصرفا غير مأذون فيه يكون متعديا و متلفا لمال الغير فيضمنه لا محاله.

الا ان معه لا مجال لبقاء الأذن على حاله، لارتفاعه بارتفاع موضوعه اعنى تلف المال.

و أما مع الخساره فما أفاده (قده) لا يمكن المساعده عليه. إذ لا وجه لضمانه لها بالمره، فإن العقد الصادر على خلاف ما عين له أو

التعدى (۱) أيضا، إذ لا ينافى الضمان بقاءه، و الأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه و ان كان لا يبعد كفايه عدم المفسده (۲).

المتعارف، لما لم يكن عقدا مأذونا فيه، كان عقدا فضوليا لا محاله و معه فيتخير المالك الشريک بين أجازته و قبض الثمن المسمى خاصه و بين رده و المطالبه بماله على تقدير كونه موجودا و بدله على تقدير تلفه.

و على كلا التقديرين فلا يضمن الشريک البائع الخساره.

نعم ضمان العامل للخساره فى فرض التعدى حكم ثابت فى المضاربه على خلاف القاعده، للنصوص الخاصه حيث دلت على صحه المعامله عند مخالفه العامل المضارب لصاحب المال فيما اشترط عليه مع كون الربح- على تقديره- بينهما و الخساره عليه خاصه.

الا ان التعدى عنها إلى كل مورد يتصرف فيه أحد فى مال غيره بغير إذنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

(۱) فى غير التلف. حيث عرفت انه لا مجال لبقاءه معه، نظرا لانتفاء موضوعه.

(۲) اختاره صاحب الجواهر (قده) و وجهه ظاهر فان مقتضى إطلاق الإذن فيه عدم تقييده بما يقترن بالمصلحه للمالك، بل يكفى فيه ما يخلو عن المفسده له. فإنه الخارج

عن الإذن خاصه، و يكون الأمر فى الباقى بما فى ذلك ما لا مصلحه فيه، بيد العامل المأذون له بالتصرف.

و أوضح من ذلك فى الجواز ما إذا كان أصل البيع مقرونا بالمصلحه و كان الفرد المختار من بين سائر الأفراد فاقدا لها بحيث لم يكن فيه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۶۶

[(مسأله ۷): العامل أمين]

(مسأله ۷): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يلف أو يتعدى (۱).

[(مسأله ۸): عقد الشركه من العقود الجائزه]

(مسأله ۸): عقد الشركه من العقود الجائزه (۲)،

مصلحه زائده على مصلحه أصل البيع، فإنه لا ينبغى فيه الإشكال فى الجواز. فان تطبيق الكلى على الافراد الخارجيه بيد العامل المأذون جزما و لا يحتاج فيه إلى وجود المصلحه قطعا.

(۱) و هو واضح، فان الضمان انما يثبت بالإتلاف أو اليد إذا كانت عدوانيه، فلا يثبت مع كونها يد أمانه و عدم استناد التلف اليه.

(۲) توضيح الحال فى المقام: ان الشركه إن لوحظت بالقياس إلى أصل المال و كونه غير مختص بأحدهما- سواء فى ذلك الشركه الاختياريه أو غير الاختياريه مع القصد أو لا معه- فهى لا تنفسخ ما لم تتحقق القسمه فى الخارج، و لا تتبدل الملكيه الاشتراكيه بالملكيه الاختصاصيه إلا بها.

و لكل منهما المطالبه بذلك فى جميع مواردها بلا اشكال فيه و لا خلاف.

و تدل عليه السيره القطعيه العقلائيه و المتشرعيه المتصله بعهد المعصوم (عليه السلام)، فإنه ليس لبعض الورثه الامتناع من التقسيم و المطالبه بالبقاء التركه على حالها بعد مطالبه غيره به، بل لا بد من استجابته اليه.

و من هنا يظهر انه ليس معنى الجواز فى المقام هو ارتفاع الشركه و زوالها بالفسخ فإنها موجوده ما لم تتحقق القسمه فى الخارج، و انما هو بمعنى جواز مطالبه كل منهما بالقسمه و عدم جواز امتناع صاحبه منها.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۶۷

فيجوز لكل من الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركه، إذ هى باقيه ما لم تحصل القسمه، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الأذن فى التصرف الذى بمنزله

عزل الوكيل عن الوكاله، أو بمعنى مطالبه القسمه. و إذا رجع أحدهما عن أذنه دون الآخر- فيما لو كان كل منهما مأذونا- لم يجز التصرف للآخر، و يبقى الجواز بالنسبه إلى الأول و إذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما. و بمطالبه القسمه يجب القبول على الآخر، و إذا أوقعا الشركه على وجه يكون لأحدهما زياده فى الربح أو نقصان فى الخساره يمكن الفسخ (١).

و ان لوحظت بالقياس إلى الربح الحاصل من التجاره، فحيث ان استحقاق الربح لم يكن من جهه عقد الشركه و مقتضاها، و انما كان من جهه الأذن فى التصرف فى ماله- على ما تقدم بيانه- و ليس فى المقام ملزم للآذن بإبقاء إذنه، كان له رفع اليد عنه متى شاء كما هو الحال فى سائر موارد الأذن.

و ليس للعامل التصرف فى المال بعد ذلك، لانه من التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

و عليه فمعنى الجواز هنا عدم كون الآذن ملزما بإبقاء إذنه، و جواز رفعه له متى شاء ذلك.

(١) و ذلك بإسقاط من له الشرط الشرط، فإنه من الحقوق و لصاحبه

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٦٨

بمعنى ابطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركه.

[(مسأله ٩): لو ذكر فى عقد الشركه أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه]

(مسأله ٩): لو ذكر فى عقد الشركه أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (١). الا أن يكون مشروطا فى عقد لازم فيكون لازما (٢).

[(مسأله ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط فى الحفظ فأنكر]

(مسأله ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط فى الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البينه (٣).

إسقاطه أو رفع من عليه الشرط يده عن الأذن فى التصرف، إذ به يرتفع موضوع كون الزياده للشارط، نظرا لكونها تابعه لجواز التصرف فى المال و صحه المعامله.

لكنك قد عرفت فى المسأله السادسه بطلان هذا الاشتراط من أساسه نظرا لكونه مخالفا للسنه، و من هنا فيكون الربح أو الخسران بينهما على نسبه المالين من غير حاجه إلى الطريقين السابقين.

(١) و الوجه فيه ظاهر، فإن الشركه من العقود الإذنيه، و لا ملزم للشريك للبقاء على إذنه، بل له رفع اليد عنه متى شاء كما هو

الحال فى الوكاله، و تعيين الأجل فى العقد الأذنى يرجع إلى تعيين الأجل للإذن و لا ريب فى عدم لزومه فيجوز الرجوع قبل انقضاءه.

(۲) لكونه حينئذ من توابع العقد و شئونه فيلزم بلزومه، و معه فلا أثر لرجوع المالك عن اذنه.

(۳) على ما تقتضيه قواعد الدعوى، فان المدعى يلزم بالبينه و إلا فليس على المنكر إلا اليمين.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۶۹

[(مسأله ۱۱): إذا ادعى العامل التلف]

(مسأله ۱۱): إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين لأنه أمين (۱).

[(مسأله ۱۲): تبطل الشركه بالموت و الجنون]

(مسأله ۱۲): تبطل الشركه بالموت (۲). و الجنون (۳)

---

(۱) على ما هو المشهور بين الأصحاب، لكنك قد عرفت فى كتاب الإجاره عند التعرض لدعوى الأجير تلف مال الإجاره، أن مقتضى النصوص الوارده فى دعوى الأمين التلف هو التفصيل بين كونه متهما و عدمه ففى الأول يلزم بالبدل ما لم يقم البينه على العدم فى حين يقبل قوله فى الثانى مع يمينه ما لم يقم المدعى البينه.

(۲) بلا اشكال فيه و لا خلاف، فان جواز تصرف العامل فى المال مستند إلى أذن المالك، و حيث ان المال قد انتقل من الآذن إلى ورثته، و بذلك بطل اذنه، فلا يجوز له التصرف فيه إلا بإذن شريكه الجديد- الورثه.

و كذا الحال فيما لو كان العقد مع ولى شريكه، فان موته يمنعه من جواز التصرف فى المال المشترك، ما لم يأذن الولى الجديد فى ذلك فان إذن الأول انما يختص بدور ولايته، فإذا انتفت بموته و انتقلت إلى غيره، بطل اذنه و احتاج جواز التصرف فيه إلى اذن من له الولايه على الشريك بالفعل.

(۳) فان حكم المجنون حكم الحيوانات من حيث فقدانه للأهليه، و حيث ان جواز التصرف متوقف على الأذن بقاء و هو منتف فى المقام نظرا لانعدام أهليته، فلا محيص عن الالتزام ببطلان الشركه و عدم جواز تصرف الآخر فى المال المشترك.

و الحاصل: انه انما يحكم على الأذن الصادر من احد بالبقاء،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۷۰

و الإغماء (۱)، و الحجر بالفلس أو السفه (۲) بمعنى:

أنه لا يجوز للآخر التصرف، و أما أصل الشركه فهى باقيه (٣) نعم يبطل أيضا ما قرراه من

زیاده أحدهما فی النماء بالنسبه إلی ماله أو نقصان الخساره کذلک (۴) و إذا تبین بطلان الشرکه فالمعاملات الواقعه قبله محکومه بالصحه، و یکون الربح علی نسبه المالین، لکفایه الإذن المفروض.

فیما إذا صح منه الأذن فعلا، و حیث ان المجنون لیس کذلک فیبطل اذنه السابق و لو کان صادرا حال عقله و أمانته.

(۱) فإنه ملحق بالمجنون، فإنه لا یقاس بالنائم،- علی ما هو المتسالم علیه بینهم- فإن الإذن السابق لا اثر له و اللاحق ساقط عن الاعتبار لانتفاء أهلیه المجیز.

(۲) یظهر وجهه مما تقدم، فان جواز الأذن متوقف علی صلاحیه الآذن و أهلیته للقیام بذلک التصرف مباشره، و حیث انه مفقود فی المقام: فلا اعتبار بأذنه.

و بعباره اخری: ان العقود الجائزه متقومه بالإذن حدوثا و بقاء فتنتفی بمجرد انتفاءه، و حیث ان المحجور علیه لیس له التصرف فی ماله فلیس له حق الأذن فی ذلک فعلا- بقاء- أیضا، و معه فلا یجوز للمأذون سابقا التصرف فیه لانتفاء الأذن الفعلی و عدم تأثیر الإذن السابق.

(۳) غایه الأمر انها فی فرض الموت تکون بینه و بین الورثه لانتقال المال إلیهم.

(۴) لاختصاصه علی تقدیر صحته بالإذن السابق و المفروض انتفاءه الا

حصوله (۱)، نعم لو کان مقیدا بالصحه، تکون کلها

انک قد عرفت ان هذا الشرط باطل علی کل تقدیر.

(۱) و قد تقدم نظیره فی المضاربه، حیث ذکرنا ان بطلانها لسبب من الأسباب لا ینافی صحه المعاملات الواقعه علی مال المالک بعد أن کانت صادره عن إذنه.

نعم لا یستحق العامل- فی الفرض- الحصه المعینه له فی العقد، فإنه فرع صحته و المفروض بطلانه، إلا ان ذلک لا یعنی ذهاب عمله هدرا، فإنه عمل

مسلم محترم صدر عن أمر الغير لا على وجه المجانيه فيكون ضامنا له لا محاله، و بذلک فيستحق العامل اجره المثل.

و هذا الکلام بعينه يجرى فى المقام، فإن صحه العقد الصادر من الشريک العامل غير متوقفه على صحه عقد الشرکه بالمره، و انما هى متوقفه على تحقق الأذن من الشريک الثانى فى التصرف، المفروض وجوده، فيحکم بصحته لا محاله، و بذلک يستحق العامل اجره المثل على عمله نظرا لصدوره عن أمر الغير لا- على وجه التبرع کما إذا اشترط الزياده للعامل و اما مع عدمه فلا يستحق شيئا لأنه متبرع بعمله.

بقى إن نعرف فى المقام أن فساد عقد الشرکه قد يفرض من جهه فقدان العاقد لبعض الشروط المعتبره فى صحته کالبلوغ و العقل، و قد يفرض من جهه فقدان العقد لبعض الشروط المعتبره فيه کالمزج بناء على القول باعتباره.

و الظاهر أن موضوع کلام الماتن (قده) فى المقام هو الثانى- و ان کان ذلک لا يلتئم مع سياق عبارته- إذ فيه يأتى ما ذکره (قده) من فساد عقد الشرکه مع صحه المعاملات الصادره من العامل و استحقاقه اجره المثل.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۷۲

فضوليا بالنسبه الى من يکون إذنه مقيدا (۱).

الا- انه يرد عليه انه لا- وجه لتقيد الحکم بالمعاملات الواقعه قبل تبين بطلان الشرکه و العلم به، بل ينبغى الحکم بالصحه مطلقا کانت المعامله صادره قبل العلم بالبطلان أو بعده، فإنه لا اثر لذلک بعد ان کان المعيار فيه هو صدورها عن إذن المالک، فإنه موجود فى کلا الفرضين على حد سواء، إذ لا منافاه بين العلم بالفساد و بقاء الأذن.

نعم لو کان موضوع کلامه (قده) هو الأول على ما يشهد له سياق عبارته

(قـده) حيث ذكر ذلك بعـد تعرضه للبطلان بفقـد شـی ء من الشـرائط المعتبره فی العاقد- فما أفاده (قده) من بطلان المعاملات الـواقعه بعـد العلـم بالفسـاد، و ان كـان صـحيحا، إلا ـانه يسـتلزم انعكـاس الاشـكال السـابق، حيث ان لا ـزم ذلـك الحكم بفسـاد المعاملا ـت الصـادره منه قبـل العلم بالفسـاد أيضـا، إذ لا عبره بإذن المجنون أو الصـغير أو المحجور عليه، فإنه من هؤلاء مساوق للعدم.

و الحاصل: انه لا وجه لما أفاده (قـده) من التفصـيل بين المعاملات الصادره من العامل قبل العلم بفساد عقـد الشـركه، و الصادره بعـد العلم به، فان الحكم على كلا التقديرين واحد، فان الفساد إذا كان ناشـئا من جهه فقدان العاقد لبعض الشـروط المعتبره فيه، تعين الحكم ببطلان المعاملات الصادره من العامل سواء فی ذلک الصادره منه قبل علمه بالفساد أم بعده. و إن كان ذلک ناشـئا من جهه فقدان العقد لبعض الشروط المعتبره فيه، تعين الحكم بصحتها مطلقا، صدرت منه قبل علمه بالفساد أم بعده.

(۱) لفقدانه لإذن المالک و من هنا فإن أجاز العقد بعد ذلک

مبانی العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۷۳

و لكل منهما أجره مثل عمله (۱) بالنسبه إلى حصه الآخر إذا كان العمل منهما و ان كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

فهو و الا حكم ببطلانها.

(۱) الظاهر رجوع هذه الفقره إلى فرض عدم بطلان المعاملات اعنی عدم كون الأذن مقيدا بصـحه الشركه، فإن الشريک العامل حينئـذ يسـتحق اجره مثل عمله بالنسـبه إلى حصه صاحبه مضافا إلى ما يأخـذه من ربح حصـته- كما عرفت-، و عليه فيكون قوله (قده) (نعم لو كان مقيدا. إلى قوله يكون إذنه مقيدا) جمله معترضه و الا فلا وجه لإثبات أجره المثل فی فرض عدم الأذن

فی المعامله و کونها فضولیه محضه إذ لا موجب لضمان المالک حتی علی تقدیر أجازته لتلک المعاملات و الربح فیها- علی ما عرفته مفصلا فی کتاب المضاربه.

و مما یشهد لما ذکرناه انه (قده) لم یفرض الفضولیه من الطرفین فقد یکون أحدهما کذلک و الآخر مأذونا، و معه فلا وجه لاستحقاق کل منهما الأجره بالنسبه إلی حصه صاحبه، فإنه إنما ینسجم مع کون الأذن من کل منهما غیر مقید بصحه الشرکه.

علی ان إطلاق استحقاق کل منهما أجره مثل عمله، یعم فرض اجازه المالک للعقد الفضولی و عدمها، و هو مما لا یمکن الالتزام به فی فرض الرد جزما و ان التزم (قده) به فی فرض الإجازه فی کتاب المضاربه، و قد عرفت منا منعه نظرا لعدم صدور المعاملات عن أمره و کون ما یصل الیه من الربح حاصلا من فعله أعنی الإجازه.

و الحاصل: ان فی المقام یستحق کل من العاملین علی صاحبه اجره

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۷۴

[(مسأله ۱۳): إذا اشتری أحدهما متاعا و ادعی أنه اشتراه لنفسه و ادعی الآخر انه اشتراه بالشرکه]

(مسأله ۱۳): إذا اشتری أحدهما متاعا و ادعی أنه اشتراه لنفسه و ادعی الآخر انه اشتراه بالشرکه، فمع عدم البینه القول قوله مع الیمین، لأنه أعرف بنیته (۱). کما أنه کذلک لو ادعی انه اشتراه بالشرکه و قال الآخر انه اشتراه لنفسه، فإنه یقدم قوله أیضا، لأنه اعرف، و لأنه أمین (۲).

مثل عمله فی حصته إذا کان العمل منهما معا و إلا فالعامل منهما خاصه لصدوره عن أمره به لا علی سبیل التبرع و المجانیه، إذ لا یذهب عمل المسلم هدرا حیث لم یسلم له شرطا الزیاده فی الربح نظرا لفساده بفساد العقد.

الا ان هذا انما یتم فیما إذا کانت الزیاده مشروطه للعامل منهما و اما

لو اشترطت لمن لا عمل له- و قلنا بصحه هذا الشرط فی نفسه- فلا یستحق العامل فی فرض الفساد شیئا زائدا عن ربح حصته، و ذلک لإقدامه علی التبرع بعمله و الإتیان به مجانا.

ثم انه و فی فرض اشتراط الزیاده له فهو انما یستحق اجره المثل فیما إذا لم تزد عن الزیاده التی کانت له علی تقدیر الصحه، و إلا فلا یستحق الزائد عنها لإقدامه علی عدم استحقاقه و التبرع بهذا المقدار فهو فی الحقیقه انما یستحق أقل الأمرین من الزیاده و اجره المثل.

(۱) بل لظهور إطلاق البیع و العقد و بطبعه الأولی فی کونه للعاقد نفسه، و کونه للغیر تقیید یحتاج إلی مؤنه زائده، و من هنا فعلی مدعیه الإثبات و إلا فالأصل عدمه.

(۲) بل للسیره العقلائیه و المتشرعیه القطعیه علی قبول قول الوکیل

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۷۵

....

فیما هو وکیل فیه، و دخوله تحت قاعده: «من ملک شیئا ملک الإقرار به» التی أرسلت فی کلماتهم إرسال المسلمات.

نعم لو ادعی الشریک کذبه فی ذلک کان له إحلافه علی ما تقتضیه قواعد الدعوی.

و الحمد للّه أولا و آخرا

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۷۷

[کتاب المزارعه]

اشاره

کتاب المزارعه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۷۹

بسم اللّه الرحمن الرحیم کتاب المزارعه و هی المعامله علی الأرض بالزراعه بحصه من حاصلها و تسمی مخابره أیضا، و لعلها من الخبره بمعنی النصیب، کما یظهر من مجمع البحرین. و لا إشکال فی مشروعیتها، بل یمکن دعوی استحبابها، لما دل علی استحباب الزراعه بدعوی کونها أعم من المباشره و التسبیب (۱)، ففی خبر الواسطی قال: «سألت جعفر بن محمد (ع) عن الفلاحین؟

قال: هم الزارعون كنوز اللّه فى أرضه، و ما

فى الأعمال شـى ء أحب إلى اللّه من الزراعه، و ما بعث اللّه نبيا إلا زارعا إلا إدريس (ع) فإنه كان خياطا» «۱» و فى آخر عن أبى عبـد اللّه (ع): «الزارعـون كنـوز الأنـام يزرعـون طيبـا أخرجـه اللّه و هم يـوم القيـامه أحسن النـاس مقامـا و أقربهم منزله يـدعون المباركين» «۲» و فى خبر

---

(۱) هذه الدعوى عهدتها على مدعيها، فان الظاهر من كلمه

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۱۰ من أبواب مقدمات التجاره ح ۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۳ من أبواب كتاب المزارعه و المساقاه، ح ۷.

عنه (ع) قال: «سأل النبى (ص) أى الأعمال خير؟

قال: زرع يزرعه صاحبه و أصـلحه و ادى حقه يوم حصاده قال: فأى الأعمال بعـد الزرع؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضـع القطر يقيم الصلاه و يؤتى الزكاه. قال:

فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير و يروح بخير. قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسـيات فى الوحل المطعمات فى المحـل: نعم المـال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزله رماد على رأس شاهق اشـتدت به الريـح فى يوم عاصف، الا ان يخلف مكانها. قيل يا رسول اللّه (ص) فأى المال بعد النخل خير؟ فسـكت فقام اليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء و العناء و بعد الدار، تغدو مدبره و تروح مدبره، لا يأتى خيرها الا من جانبها الأشأم أما أنها لا تعدم

«الزراعه» انما هو الفعل الخارجى بنفسه، بحيث يباشـر المكلف الإتيان به، و من هنا فإثبات كون الإتيان بسببه محبوبا أيضا يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

نعم لا يبعد دعوى استحبابه من باب كونه مقدمه لأمر مستحب

فی نفسه، و اعانه علیه فیدخل فی قوله تعالی «وَ تَعٰاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ وَ التَّقْویٰ»، الا انه خارج عن محل الکلام، فان الکلام انما هو فی استحبابه بعنوان المعامله و المزارعه، لا استحبابه مطلقا و تحت ای عنوان کان و لو کان ذلک هو عنوان الإعانه علی أمر محبوب و مرغوب عند الشارع المقدس.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۸۱

الأشقیاء الفجره» «۱» و عنه (ع) «الکیمیاء الأکبر الزراعه» «۲» و عنه (ع): «ان اللّه جعل أرزاق أنبیائه فی الزرع و الضرع کیلا یکرهوا شیئا من قطر السماء» «۳» و عنه (ع): «أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداک أسمع قوما یقولون: ان المزارعه مکروهه، فقال: ازرعوا فلا و اللّه ما عمل الناس عملا أحل و لا أطیب منه» «۴». (۱)

---

(۱) هذه الروایه قد رواها المشایخ الثلاثه. غیر أن الصدوق (قده) قد رواها عن ابن سیابه، و الکلینی و الشیخ (قدس سرهما) قد رویاها عن سیابه، و کذا فی الوافی و الوسائل.

و الظاهر ان نسخه الصدوق (قده) خطأ، إذ لا وجود لابن سیابه- بهذا العنوان- فی غیر هذا الموضع من کلامه (قده) فضلا عن غیره.

نعم لسیابه ولدان عبد الرحمن و صباح- و الأول أکثر روایه من أخیه- الا انه لم یرد فی شی ء من النصوص ذکرهما بعنوان ابن سیابه بقول مطلق، و انما هما یذکران باسمهما الخاص (عبد الرحمن بن سیابه و صباح بن سیابه).

إذن فالصحیح هو سیابه- صاحب الکتاب- وفاقا للکلینی (قده) الذی هو أضبط نقلا من الصدوق (قده) لا سیما بعد موافقه الشیخ (قده)

---

(۱) الوسائل: ج ۸ باب ۴۸ من أبواب أحکام الدواب ح ۱.

(۲) الکافی: ج ۵ ص ۲۶۱.

(۳) الوسائل: ج ۱۳ باب

۳ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ۲.

(۴) الوسائل: ج ۱۳ باب ۳ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ۱.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۸۲

و یستفاد من هذا الخبر ما ذکرنا من أن الزراعه أعم من المباشره و التسبیب (۱) و أما ما رواه الصدوق مرفوعا عن النبی (ص): «أنه نهی عن المخابره. قال: و هی المزارعه بالنصف أو الثلث أو الربع» «۱» فلا بد من حمله علی بعض المحامل، لعدم مقاومته لما ذکر (۲) و فی مجمع البحرین: «و ما روی من أنه (ص) نهی عن المخابره کان ذلک حین تنازعوا، فنهاهم عنها».

له فی موضعین من التهذیب.

و علیه فتکون الروایه ضعیفه السند نظرا لعدم وثاقه سیابه.

و کیف کان: فالموجود فی الکتب الثلاثه: «أسمع قوما یقولون:

ان الزراعه مکروهه» بدلا عن «اسمع قوما یقولون: ان المزارعه مکروهه»، و لا ادری أن الماتن (قده) من أین أتی بهذه النسخه.

و من هنا فیکون حالها حال سائر النصوص الوارده فی المقام من حیث الدلاله علی استحباب الزراعه بمعنی مباشره الإنسان للفعل بنفسه و قد عرفت أنها أجنبیه عن محل الکلام.

(۱) قد عرفت منع ذلک و ان هذه الروایه لیست روایه مستقله بإزاء تلک النصوص السابقه و انما هی مثلها.

(۲) إلا انک قد عرفت عدم تمامیه شی ء مما تقدم فی الدلاله علی استحباب المزارعه بعنوانها المستقل، و من هنا فلا تکون معارضه لهذه الروایه.

الا ان هذا لا یعنی التزامنا بالحکم بالکراهه، فإن هذه الروایه

---

(۱) معانی الأخبار: الجزء ۲ الباب ۱۳۳ الصفحه ۸۰.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۸۳

[و یشترط فیها أمور]

اشاره

و يشترط فيها أمور:

[أحدها- الإيجاب و القبول]

أحدها- الإيجاب و القبول (١) و يكفى فيهما كل لفظ دال (٢)، سواء كان حقيقه أو مجازا مع القرينه.

ساقطه من حيث السند نظرا لكونها مرفوعه، و معه فلا تصلح للاستدلال بها على شى ء.

أذن: فالصحيح ان عقد المزارعه فى نفسه و كمعامله مستقله، غير متصف بشى ء من الاستحباب أو الكراهه، حاله فى ذلک حال سائر العقود كالبيع و الإجاره و نحوهما، و انما يتصف بالأحكام الخمسه بلحاظ ما يقترن به و يعرض عليه من الأوصاف و العناوين الخاصه فإنه و بهذا اللحاظ قد يكون واجبا و قد يكون مستحبا و قد يكون حراما و قد يكون مكروها و قد يكون مباحا أيضا.

(١) بلا خلاف فيه. فان عقد المزارعه لما كان موجبا لاستحقاق كل من مالك الأرض و العامل على الآخر شيئا، كان لا بد فيه من اعتبار كل منهما ذلک لصاحبه و رضاه به مع إبرازه فى الخارج، على ما تقتضيه قضيه كونه من العقود.

(٢) و ذلک لما ذكرناه فى المباحث الأصوليه و غير مورد من المباحث الفقهيه من أن حقيقه الإنشاء فى قبال الاخبار ليست إلا إبراز أمر نفسانى غير قصد الحكايه عن وقوع شى ء فى الخارج أو عدمه.

فان هذا الاعتبار إذا صدر ممن له الأهليه، كان موضوعا لترتب الآثار عليه.

و من هنا: فيصح الإنشاء بكل ما يكون مبرزا و مظهرا لذلک الاعتبار عرفا، سواء فى ذلک عقد المزارعه و غيره، فيصح الإنشاء

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٨۴

....

بصيغه الماضى و المضارع و الأمر بالعربيه و غيرها، و لذا يصح إنشاء الملكيه فى الهبه بصيغه الأمر حيث يكتفى فيها بقول الواهب للموهوب له «خذ هذا» و نحوه.

و الحاصل: ان العبره

انما هی بدلاله اللفظ علی الأمر الاعتباری الکامن فی النفس فإنه لو تمت دلالته صدق العقد علیه و شملته أدله إمضاء ذلک العقد من قبل الشارع.

هذا مضافا إلی کفایه إطلاقات أدله صحه المزارعه فی المقام، فإنها و بمقتضی عدم تحدیدها بلفظ خاص شامله لکل ما یصدق علیه عنوان المزارعه، أعنی اتفاق مالک الأرض و العامل علی ان یعمل الثانی فی أرض الأول بشرط ان یکون الربح بینهما، سواء أ کان ذلک بالجمله الفعلیه أو الماضویه أو العربیه أم لم یکن.

کما ورد ذلک فی المساقاه حیث دلت صحیحه یعقوب بن شعیب علی جواز إنشاءها بصیغه الأمر فقد روی عن أبی عبد اللّه (ع) (فی حدیث) قال: «سألته عن رجل یعطی الرجل أرضه و فیها ماء أو نخل أو فاکهه، و یقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما أخرج اللّه عز و جل منه، قال: لا بأس» «۱».

و الذی یتحصل مما تقدم: انه ما لم یدل دلیل خاص علی اعتبار لفظ معین فی وقوع معامله فمقتضی مطلقات المزارعه- فی خصوص المقام- وقوع المعامله بکل لفظ یکون کاشفا عن ذلک الاعتبار النفسانی، و لو کان ذلک الکاشف جمله اسمیه فضلا عن کونها فعلیه بصیغه المضارع أو الأمر.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۹ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه ح ۲.

ک «زارعتک أو سلمت إلیک الأرض علی ان تزرع علی کذا». و لا یعتبر فیهما العربیه (۱) و لا الماضویه (۲) فیکفی بالفارسی و غیره، و الأمر کقوله: «ازرع هذه الأرض علی کذا» أو المستقبل أو الجمله الاسمیه مع قصد الإنشاء بها.

و کذا لا یعتبر تقدیم الإیجاب علی القبول،

و يصح الإيجاب من كل من المالك و الزارع (۳). بل يكفى القبول

---

(۱) لعدم اختصاص عقد المزارعه بالعرب خاصه، فهو عقد عقلائى يصدر من العرب و من غيرهم على حد سواء، و حيث ان من الواضح ان ما يصدر من غيرهم لا يكون بالعربيه، يكون مقتضى أدله إمضاء عقد المزارعه من قبل الشارع من غير تقييد، صحه العقد المنشأ بغير العربيه.

(۲) لإطلاق دليل الإمضاء بعد كون العقد بحد نفسه عقدا عقلائيا يقع كثيرا و يتعارف فيه الإنشاء بغير الماضويه، فإن عدم التعرض إلى اعتبارها فى مقام البيان، دليل على عدم الاعتبار.

هذا كله مضافا إلى إطلاقات أدله المزارعه، حيث لا قصور فيها عن شمول العقد الفاقد لها.

و توهم: دلاله عمومات التجاره و الوفاء بالعقود على عدم اعتبارها أيضا.

مدفوع: بما تقدم غير مره من عدم شمولها للعقود التى تتضمن تمليك أمر معدوم بالفعل، حيث تحتاج صحتها إلى دليل خاص.

(۳) بهذا يمتاز عقد المزارعه من سائر العقود، و الوجه فيه ان

الفعلى بعد الإيجاب القولى على الأقوى (۱). و تجرى فيها المعاطاه، و إن كانت لا تلزم الا بالشروع فى العمل (۲).

المزارعه عقد يملك كل من طرفيه الآخر شيئا و يلتزم به فالعامل يملك رب الأرض العمل فيها و هو يملكه الحصه المعينه من حاصلها و من هنا فيصح ان يقول المالك للعامل زارعتك، كما يصح ان يقول العامل له ذلك، لاتحاد نسبه كل منهما إليه، فإنهما بالقياس اليه على حد سواء و ليس هو كسائر العقود من البيع و الإجاره و غيرهما حيث تختلف نسبه طرفيها إليها، و انما هو نظير ما ذكرناه فى مسأله تمييز البائع عن المشترى فى المكاسب،

من فرض عقد يتضمن مبادله الكتاب بالعباءه حيث يتساوى نسبه مالكيهما إلى ذلك العقد من دون أن يتصف أحدهما بعنوان البائع و الآخر بعنوان المشترى.

(۱) لصدق العقد عليه بعد إبراز الفعل لاعتباره النفسانى.

(۲) على ما هو المعروف و المشهور بينهم، حيث ذكروا ان العقد المعاطاتى يكون جائزا ما لم يتصرف أحدهما فيما يتعلق به، و أن اللزوم انما يختص بالعقد اللفظى.

إلا اننا قد ذكرنا فى مباحث المكاسب، انه لا دليل على هذا الحكم سوى الشهره، بل مقتضى العمومات و ما دل على لزوم العقود فى غير المقام و أدله الإمضاء فى المقام- أعنى السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (ع) من دون ردع عنها- هو اللزوم مطلقا من غير فرق بين ما كان باللفظ و ما كان بالمعاطاه.

إذن: فالمعامله المعاطاتيه هذه محكومه بالصحه و اللزوم، حالها فى ذلك حال المعامله المنشئه باللفظ.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۸۷

[الثانى البلوغ، و العقل، و الاختيار]

الثانى البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لسفه أو فلس، و مالكيه التصرف (۱) فى كل من المالك و الزارع. نعم لا يقدح حينئذ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال لانه ليس تصرفا ماليا (۲).

[الثالث أن يكون النماء مشتركا بينهما]

الثالث أن يكون النماء مشتركا بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعه (۳).

---

(۱) و المراد به تمكن كل من المالك و الزارع من التصرف زائدا على اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر، بل و مالكيته للعين فان كل ذلك لا ينفع فيما إذا لم يكن متمكنا من التصرف بالفعل.

كما لو كان عمل العامل فى تلك الفتره مملوكا لغيره بالإجاره أو غيرها أو كانت منفعه الأرض كذلك أو كانت مرهونه لدى الغير.

فان هذه الأمور و غيرها مما يسلب مالكيه أحد الطرفين للتصرف تمنع من صحه المزارعه.

(۲) و الحجر عليه مختص بالتصرفات الماليه فى أمواله خاصه، و الا فله التصرف فى مال الغير بأذنه بل و فيما يعود إلى نفسه فيما لا يكون تصرفا ماليا كالاستدانه و إنشاء عقد الإجاره و المزارعه و غيرهما.

(۳) و تدل علیه جمله من النصوص المعتبره کصحیحه الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): (قال: لا تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لکن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به، و قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) «۱».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۸ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه، ح ۳.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۸۸

....

و صحیحه عبد اللّه الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) (قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) «۱». و غیرهما.

حیث یستفاد منها تقوم المزارعه بکون الحاصل و ما

يخرجه اللّه من الأرض مشتركا بينهما بالنصف و الثلث و نحوهما.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

و مع قطع النظر عن دلاله هذه النصوص، يكفينا فى إثبات الحكم فى المقام ما ذكرناه غير مره من عدم شمول عمومات و إطلاقات الوفاء بالعقد للمزارعه و نحوها من المعاملات التى تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، فان عدم الدليل دليل على الفساد فى مثله.

و عليه فالحاصل و بحكم قانون تبعيه النتاج للبذر يكون لمالك البذر منهما.

و من هنا فان كان البذر لمالك الأرض و كان الشرط كون النماء بأكمله له، كان مقتضى فساد العقد كون النتاج له، لكن لا للشرط- لما عرفت فساده- و انما لقانون التبعيه، و لا يستحق العامل شيئا اما من النتاج فواضح و اما أجره المثل فلإقدامه على التبرع بعمله على ما كان يقتضيه عقد المزارعه بينهما.

و ان كان الشرط كون النماء للعامل، فهو و بحكم فساد العقد يكون كالعدم، و بذلك يكون النتاج كله للمالك، الا ان عمل العامل فى هذا الفرض لا يذهب هدرا، لأنه لم يقدم على التبرع به و المجانيه و انما أقدم على ان يكون النتاج له، و حيث انه لم يسلم له فله اجره مثل عمله ما لم تزد على تمام النتاج و إلا فله الأقل منهما.

و ان كان البذر للعامل، فان كان الشرط كون النماء له، أخذ

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۸ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ۷.

[الرابع: أن يكون مشاعا بينهما]

الرابع: أن يكون مشاعا بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما

بنوع- كالذى حصل أولا- و الآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعه من الأرض لأحدهما. و ما حصل من القطعه الأخرى للآخر، لم يصح (۱).

تمام النماء من جهه تبعيه النتاج للبذر لا الشرط لفساده. و لا يستحق المالك عليه شيئا لإقدامه على إعطاء الأرض له للزرع مجانا و بلا عوض.

و ان كان الشرط كون النماء لمالك الأرض، كان النتاج العامل لما عرفت من فساد الشرط بفساد العقد و تبعيه النتاج للبذر فى الملك الا ان للمالك اجره مثل أرضه على العامل إذا لم تزد على تمام النتاج، لانه لم يقدم على المجانيه.

و الحاصل: انه على جميع التقادير المذكوره، يكون العقد باطلا لفقدانه شرط اعتبار كون النماء مشتركا بينهما، و عندئذ يكون النتاج بأكمله لمالك البذر لقانون التبعيه. و يستحق صاحبه عليه اجره المثل فى بعض الفروض على التفصيل المتقدم.

ثم ان مما ذكرناه كله يظهر الحال فيما يأتى من المسائل مما حكم فيها الماتن (قده) بالبطلان.

(۱) و يقتضيه كل ما تقدم فى وجه اشتراط الاشتراک فى النماء، فان الظاهر من الصحيحتين المتقدمتين تقوم المزارعه بالإشاعه فى النماء بالنصف أو الثلث و نحوهما.

و مع الإغماض عنها يكفى فى الحكم بالفساد عدم شمول العمومات و المطلقات الأوليه لمثل هذه المعاملات، فان عدم الدليل على الصحه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۹۰

[الخامس: تعيين الحصه بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلک]

الخامس: تعيين الحصه بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلک، فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لک أو لى شى ء من حاصلها بطل (۱).

[السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين]

السادس: تعيين المده بالأشهر و السنين (۲)، فلو

يكفى فى الحكم ببطلانها.

و عليه: فيجرى فيه ما تقدم فى الفرع السابق من التفصيل فى استحقاق أجره المثل على العمل أو الأرض.

(۱) لظهور الأدله فى معلوميه الحصه بالنصف أو الثلث و نحوهما.

على انـه يكفى فى الحكـم بالبطلاـن عنـد عـدم التعيين عـدم الـدليل على الصـحه، نظرا لمـا عرفت من عـدم شـمول عمومـات و إطلاقات الوفاء بالعقد له.

هذا مضافا إلى قصور العقد عن قابليه الحكم بالصحه، فإن ما لا تعين له فى الواقع و علم اللّه غير قابل للتمليك فى نفسه، فإنه أمر تابع للاعتبار و جعل المملك، فإذا لم يكن معلوما و لو فى علم اللّه فلا معنى لتعلق الاعتبار به و تمليكه لغيره.

إذن: فمثل هذا العقد باطل فى حد نفسه لقصوره فى مقام الثبوت فضلا عن عدم الدليل عليه فى مقام الإثبات.

(۲) أما اعتباره فيما يقابل دورانه بين الأقل و الأكثر من حيث نوع الزرع و مـدته، فهو واضـح و لا خلاف فيه، إذ لا يمكن الحكم بصـحه عقـد يكون متعلقه فاقـدا للتعيين فى الواقع، فـان الالتزام بمجهول لا واقع له حتى فى علم اللّه باطل بطبعه و لا تشـمله أدله المزارعه، و العمومات و المطلقات- بناء على شمولها لمثل هذا العقد فى حد نفسه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۹۱

أطلق بطل، نعم لو عين المزروع، أو (۱) مبدأ الشروع فى الزرع لا يبعد صحته (۲) إذا لم يستلزم غررا. بل مع

و أما اعتباره بمعنى تحديد سنه الزراعه بعد معلوميه

نوع الزرع فی مقابل إیقاعهما العقد علی الزراعه المعینه فی الأعم من هذه السنه و السنه الآتیه- مثلا-، بحیث یکون العمل معلوما و المده مجهوله فی الجمله لوقوع العقد علی الجامع، فهو کذلک، فان متعلق الحق و المملوک إذا کان کلیا، کان تعیینه بید من علیه الحق- کما هو واضح-، و من هنا فقد یختلف الطرفان من حیث المده فیختار المالک السنه الأولی- مثلا- و الزارع السنه الثانیه، و حیث لا یمکن فی مثله الحکم بالوفاء به علی احد الطرفین علی الإطلاق، فإنه کیف یمکن ان یقال بلزوم الوفاء بما عینه صاحبه مع ان له الامتناع عنه؟ فلا مجاله یحکم ببطلانه.

و بعباره أخری نقول: یعتبر فی صحه العقد ان یکون علی نحو یمکن إلزام کلا طرفیه بالوفاء به و الالتزام بمضمونه، و حیث ان هذا مفقود فی المقام، فان الواجب علی العامل القیام بالزراعه فی إحدی تینک السنتین مع کون الخیار له فی التعیین، و الواجب علی المالک تسلیم أرضه للزراعه فی إحدی السنتین مع کون الخیار فی التعیین له أیضا، فلا یجب علی أحدهما اطاعه الآخر فیما عینه، و یحکم بفساده لا محاله.

(۱) کلمه «أو» غلط جزما و الصحیح «الواو» و یشهد له قوله (قده) بعد هذا «بل مع عدم تعیین ابتداء الشروع أیضا».

(۲) إذ بانتهاء الزرع و حصول النتاج، یقسم الحاصل بینهما علی

عدم تعیین ابتداء الشروع أیضا إذا کانت الأرض مما لا یزرع فی السنه إلا مره، لکن مع تعیین السنه (۱) لعدم الغرر فیه. و لا دلیل علی اعتبار التعیین تعبدا، و القدر المسلم من الإجماع علی تعیینها غیر هذه الصوره (۲).

و فی صوره تعیین

المده لا بد و أن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع (٣) فلا تكفى المده القليله التى تقصر عن ادراك النماء.

ما اتفقا عليه من النسبه، و تلغى الفتره الزائده قهرا، و معه فلا يبقى للعامل حق فى التصرف فى الأرض بعد ذلك، لانتهاء المزارعه به.

(١) بلا اشكال فيه، فان المزارعه لما كانت زراعه واحده، و قد اعطى المالك العامل الحق فيها مره واحده متى شاء. حكم بصحتها لعدم فوات شى ء على المالك.

(٢) ظاهر كلامه (قده) ان الدليل على اعتبار تعيين المده بالأشهر و السنين، انما هو الإجماع و دليل نفى الغرر و من هنا: فقد يورد عليه بعدم الدليل على المنع من الغرر مطلقا، إذ الثابت انما هو النهى عن البيع الغررى خاصه، و عليه فان تم إجماع محصل فهو و إلا فلا عبره بالإجماع المنقول.

إلا انك قد عرفت اننا فى غنى عن إثبات الإجماع أو الدليل على نفى الغرر مطلقا،- و ان كان الظاهر تحقق الإجماع- فإن نفس أدله المزارعه قاصره عن شمول ما لا تعيين فيه بالمعنيين السابقين.

(٣) بلا خلاف فيه، فان فرضها أقل من فتره بلوغ الحاصل خلاف جعل المزارعه و المقصود منها، فيكون مثل هذا الاقدام لغوا لكونه اقداما على أمر لا يتحقق فى الخارج، فان النتاج لا يحصل فى

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٢٩٣

[السابع: ان تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج]

السابع: ان تكون الأرض قابله للزرع و لو بالعلاج فلو كانت سبخه لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولى عليها الماء قبل أو ان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعه و لم يمكن تحصيله و لو بمثل حفر بئر أو نحو ذلك و لم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل (١).

[الثامن-: تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما]

الثامن-: تعيين المزروع من الحنطه و الشعير و غيرهما (٢) مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل، الا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم (٣) و حينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه.

المده المعينه فى حين لم يلتزم المالك بإعطاء شى ء له إزاء ما يحصل خارج تلك الفتره.

(۱) کمـا هو ظـاهر، فـان مفهوم المزارعه متقوم بإمكان تحقق الزرع و قابليه الأرض له، و خروج شـى ء منها يكون بينهما على ما اتفقا عليه من النسبه.

(۲) فى قبـال قصـد كل منهما نوعا غير ما قصـده الآخر، إذ معه لا يتحقق مفهوم العقـد، و إلا فلا دليل على اعتبار تعيين النوع فى حـد ذاته، كما يشـهد له قوله (قـده) بعد هذا: «أو كان مرادهما التعميم» فإنه لو لا ما ذكرناه لكان منافيا لما ذكره (قده) من اعتبار تعيين المزروع.

(۳) فإنه نوع من التعيين بالمعنى الذى ذكرناه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۹۴

[التاسع: تعيين الأرض]

التاسع: تعيين الأرض (۱)

---

(۱) و تفصيل الكلام فى المقام: انه لا ينبغى الإشكال فى صحه المزارعه فيما إذا كانت الأرض معلومه معينه.

و كـذا الحال فيما لو كانت كليا فى معين، فإنه لا قصور فى أدله المزارعه عن شـموله، فقد ورد فى صـحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع):

(لاـ بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) «۱» فان مقتضـى إطلاقها عـدم الفرق بين العقد الواقع على العين الخارجيه و الواقع على الكلى فى معين.

بـل الإطلاقات شامله للعقـد الواقع على الكلى فى الـذمه، إذ يصـح فيه ان يقال: ان المالك زارع العامل على ان يكون ما يخرجه اللّه بينهما.

نعم لو زارعه على احدى القطعتين المختلفتين فى الصفات بحيث تكون المزارعه فى إحداهما أيسر و أسهل من

الآخرى. فقد يقال:

كما ذهب اليه الماتن (قده) بالبطلان، نظرا للزوم الغرر.

الا ان للمناقشه فيه مجالا واسعا، فإنه لا وجه للحكم بالبطلان فيه بعد البناء على صحه المزارعه فى الكلى فى المعين، فإنه من مصاديقه، فان عنوان احدى هاتين القطعتين كلى قابل للانطباق على كل منهما.

و دعوى لزوم الغرر، مدفوعه: بأنه انما يكون فيما إذا كان العوض أمرا معلوما و معينا، كما لو باعه احد الثوبين المختلفين من حيث الجنس و الوصف بخمسه دنانير. حيث لا يعلم المشترى ما يملكه بإزاء ما يدفعه ثمنا، فلا يتم فى مثل المقام حيث يكون العوض هى النسبه المعينه من الحاصل من الأرض التى يعمل فيها، فإنه لا غرر فيه على الإطلاق و لا يكون إقدام العامل عليه إقداما غرريا، فإنه

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۸ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ۷.

....

سيأخذ الحصه المعينه مما أخرجه اللّه تبارك و تعالى من الأرض.

فحال العامل فى هذه الصوره هو الحال فى إقدامه على المزارعه و العمل فى الأرض المعينه.

على إنك قد عرفت غير مره انه لا دليل على اقتضاء الغرر لبطلان المعاملات بقول مطلق، إذ المسلم منه هو بطلان البيع الغررى خاصه.

و عليه: فان تم إجماع فى المقام على بطلان عقد المزارعه عند عدم تعيين الأرض فهو المستند، و الا- كما هو الظاهر- فلا وجه لاعتبار هذا الشرط.

و بعباره اخرى: ان القطعتين إذا كانتا متساويتين من حيث النسبه و الحصه بحيث كان العقلاء يقدمون على زراعه كل منهما بتلك الحصه من حاصلها، فلا ينبغى الريب فى صحه العقد إذ لا غرر فيه على المالك أو العامل، فإنه انما يكون مع تعيين العوض بحيث

يكون مالا معينا معلوما لا مع النسبه.

و لا يضر فى ذلك كون حاصل إحداهما أقل من الأخرى، بعد ان كانت كل منهما تعطى بنفس تلك النسبه التى تعطى بها الأخرى.

و أما إذا اختلفتا من حيث النسبه بأن كانت إحداهما تزارع على ان يعطى للمالك النصف من الحاصل و الأخرى على ان يكون له الثلث فالأمر كذلك أيضا فيما لو وقع العقد على كلى القطعتين بأقل الحصتين- الثلث- للمالك، إذ لا غرر عليهما معا، فان المالك ان عين القطعه التى تزارع على الثلث للمالك فهو ما أقدم عليه العامل، و إن عين الأخرى كان ذلك من جانب العامل حيث أخذ ما يعطى بالنصف من الحاصل للمالك بالثلث له، فلا غرر عليه بالمره.

و أما المالك فحيث ان الخيار فى التعيين بيده و تطبيق الكلى على

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۹۶

و مقدارها (۱) فلو لم يعينها بأنها هذه القطعه أو تلك

اى الفردين شاء منوط بنظره فلا يكون فيما يختاره خطر عليه.

نعم لو أقدم العامل على العقد بأكثر الحصتين للمالك، احتمل الخطر عليه، لأنه قد يختار الأرض التى تعطى بالأقل، فيكون ضررا عليه.

الا ان هذا لا يقتضى البطلان، إذ لا دليل على المنع من الغرر مطلقا، و انما الدليل يختص بالبيع و ما يلحق به كالإجاره- للإجماع- و من هنا فمقتضى الإطلاقات هو الحكم بالصحه.

و معه فيكون الخيار فى التعيين بيد المالك لأن الحق عليه، لأنه الذى ملك العامل الكلى فى المعين، و أما العامل فهو و ان كان قد ملك كلى العمل فى إحدى القطعتين، الا انه لا خيار له لأنه إنما ملك كلى العمل فى إحدى القطعتين اللتين يكون الخيار فى تعيينها بيد المالك، فهو

فی الحقیقه قد ملک المالک عمله فیما یختار المالک من القطعتین.

و من هنا یظهر عدم صحه قیاس مسألتنا علی مسأله تعیین المده بالأشهر و السنتین حیث حکمنا بالبطلان نظرا لعدم شمول أدله اللزوم لها، حیث یملک المالک العامل کلی حق التصرف فی الأرض فی قبال تملیک العامل له کلی العمل فی إحدی السنتین.

(۱) بلا ریب فیه، فان المردد بین الأقل و الأکثر غیر قابل للتملیک، لعدم التعین له فی الواقع و نفس الأمر، فلو قال المالک زارعتک علی مقدار من الأرض من غیر تحدید لم تصح، فإن المزارعه تشتمل علی حقین حق المالک و حق العامل، فلا بد فیها من التعیین فی الواقع بحیث یتعلق التزام کل منهما بأمر له واقع، و إلا فلا یقبل

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۲۹۷

القطعه، أو من هذه المزرعه أو تلک، أو لم یعین مقدارها بطل مع اختلافها، بحیث یلزم الغرر (۱). نعم مع عدم لزومه لا یبعد الصحه، کأن یقول: «مقدار جریب من هذه القطعه من الأرض التی لا اختلاف بین أجزائها، أو أی مقدار شئت منها» (۲) و لا یعتبر کونها شخصیه فلو عین کلیا موصوفا علی وجه یرتفع الغرر فالظاهر صحته (۳) و حینئذ یتخیر المالک فی تعینه.

[العاشر: تعیین کون البذر علی ای منهما]

العاشر: تعیین کون البذر علی ای منهما (۴)، و کذا سائر المصارف و اللوازم إذا لم یکن هناک انصراف مغن عنه و لو بسبب التعارف.

التملیک و التملک- کما تقدم غیر مره.

(۱) قد عرفت ان الغرر غیر متحقق، و علی فرضه فلا دلیل علی اقتضاءه للبطلان. و أن الصحیح عدم اعتبار التعیین بالنسبه إلی أصل الأرض، و اعتبارها بالنسبه إلی المقدار.

(۲) ما افاده (قده) من الصحه فی المثال

الأخير ينافى اعتباره (قده) لتعيين مقدار الأرض و الالتزام ببطلانها عند عدمه.

اللهم الا ان يكون المراد به الإشاره الإجماليه إلى ما سيعين من قبله أو قبل العامل بعد ذلك، بحيث يكون الاختيار بيده فإنه معه يرتفع محذور الإبهام و عدم التعيين الواقعى لكونه معلوما فى علم اللّه.

(۳) لإطلاق أدله المزارعه، على ما تقدم بيانه مفصلا.

(۴) فإذا لم يعينا بطل العقد لانتفاء موضوع المزارعه بانتفاء البذر

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۲۹۸

....

نظرا لعدم وجوب بذله على كل منهما. و ذهب بعض إلى كونه على العامل حينئذ لأنه المأمور بالعمل فتكون مقدماته عليه نظير ما يذكر فى باب الإجاره من كون الخيط عند عدم التعيين على الخياط.

بل ربما يستشكل فى جعله و لو بالتعيين على المالك- لو لا الإجماع على صحته- و ذلك لصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس «إلى ان قال»: و سألته عن المزارعه، فقال: النفقه منك و الأرض لصاحبها، فما أخرج اللّه من شى ء قسم على الشطر و كذلك اعطى رسول اللّه (ص) خيبر حين أتوه فأعطاهم إياها على ان يعمروها و لهم النصف مما أخرجت» «۱».

حيث إن المستفاد منها تقوم المزارعه بكون البذر و غيره من النفقه على العامل فى قبال كون الأرض من صاحبه.

و من هنا فقد ذكر بعضهم انه لو اشترط كون البذر على المالك خرج العقد عن حقيقه المزارعه، و من ثم حكم ببطلانه.

لكن الظاهر عدم تماميه شى ء من الأمرين- كون البذر عند الإطلاق على

العامل و بطلان العقد عند جعله على المالک.

و ذلک لان الواجب على العامل- بمقتضى عقد المزارعه- هو العمل خاصه و أما مقدماته فإثبات كونها عليه أيضا يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

فالمقام نظير ما ذكرناه فى تكفين الميت، من أن الواجب على

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ۲.

....

المسلمين القيام بالعمل خاصه. و أما إيجاد الموضوع و تحصيل الكفن فلا دليل على وجوبه عليهم.

و من هنا فلا يجب على احد منهم بذله. بل إن كان للميت مال فمنه و الا فمن الزكاه و نحوها، فان لم يوجد دفن عاريا إذا لم يحصل من يتبرع به عن طوع رغبته و ارادته.

و من هنا فما نحن فيه أشبه شی ء بالبناء حيث لا يجب على العامل الا العمل بالمواد دون تحصيلها.

و صحيحه يعقوب بن شعيب و ان كانت داله على كون البذر من العامل و تقوم المزارعه بذلک، الا انه لا بد من رفع اليد عن ظهورها هذا و حملها على بعض المحامل ككون ذلک هو المعهود فى ذلک الزمان و نحوه، و ذلک لجمله من النصوص الداله على عدم اعتباره من حيث فرض فيها كون البذر من غير العامل.

ففى معتبره محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: «سألته عن رجل استأجر أرضا بألف درهم ثم آجر بعضها بمأتى درهم ثم قال له صاحب الأرض الذى آجره: أنا أدخل معک بما استأجرت فنفق جميعا فما كان من فضل بينى و بينک، قال: لا بأس بذلک» «۱».

فإنه (ع) حكم بصحه العقد مع كون المفروض فيها مشاركه المالک للعامل فى الإنفاق عليها.

و فى صحيحه سماعه قال: «سألته

عن مزارعه المسلم المشترک فیکون من عند المسلم البذر و البقر و تکون الأرض و الماء و الخراج و العمل علی

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۵ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه، ح ۲.

[مسائل]

[(مسأله ۱): لا یشترط فی المزارعه کون الأرض ملکا للمزارع]

(مسأله ۱): لا یشترط فی المزارعه کون الأرض ملکا للمزارع، بل یکفی کونه مسلطا علیها بوجه من الوجوه کأن یکون مالکا لمنفعتها بالإجاره أو الوصیه أو الوقف علیه أو مسلطا علیها بالتولیه کمتولی الوقف العام أو الخاص و الوصی أو کان له حق اختصاص بها بمثل التحجیر و السبق و نحو ذلک، أو کان مالکا للانتفاع بها،

العلج قال: لا بأس به» «۱».

حیث فرض فیها کون البذر علی غیر العامل صریحا.

و أصرح من الکل خبر إبراهیم الکرخی قال: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): أشارک العلج فیکون من عندی الأرض و البذر و البقر و یکون علی العلج القیام و السقی و العمل فی الزرع حتی یصیر حنطه أو شعیرا، و تکون القسمه، فیأخذ السلطان حقه و یبقی ما بقی علی ان للعلج منه الثلث و لی الباقی، قال: لا بأس بذلک، قلت:

فلی علیه أن یرد علی مما أخرجت الأرض البذر و یقسم ما بقی؟ قال:

انما شارکته علی ان البذر من عندک و علیه السقی و القیام» «۲».

الا انه ضعیف السند فلا یصلح الا شاهدا لما ذکرناه.

علی ان المزارعه من العقود العرفیه المعهوده التی یکثر تحققها فی الخارج بحیث جرت علیها سیره العقلاء قاطبه فضلا عن سیره

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۲ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه، ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه، ح ۱.

كما إذا أخـذها بعنوان المزارعه فزارع غيره أو شاركَ غيره بل يجوز ان يسـتعير الأرض للمزارعه (۱) نعم لو لم يكن له فيها حق أصـلا لم يصح مزارعتها، فلا يجوز المزارعه فى الأرض الموات مع عدم تحجير أو سـبق أو نحو ذلك، فان المزارع و العامل فيها سواء، نعم يصـح الشـركه فى زراعتها مع اشتراك البـذر أو بإجاره أحدهما نفسه للآخر فى مقابل البذر أو نحو ذلك. لكنه ليس حينئـذ من المزارعه المصـطلحه. و لعـل هـذا مراد الشـهيد فى المسالك من عـدم جواز المزارعه فى الأراضـى الخراجيه التى هى للمسـلمين قـاطبه إلاـ مع الاـشتراك فى البـذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيمـا إذا لم يكن للمزارع جهه اختصاص (۲)، و الاـ فلا إشكال فى جوازها بعد الإجاره من السلطان كما يدل عليه جمله من الاخبار.

المتشرعه المتصله بعهد المعصوم (ع)، و من هنا فلو كان اعتبار كون البذر من العامل شرطا فيها لوجب ان يكون من الواضحات، فكيف و قد قام الإجماع على خلافه.

(۱) كل ذلك لعدم الدليل على اعتبار الملك، بل و قيام الدليل- على ما ستعرف- على خلافه.

(۲) ذكره صاحب الجواهر (قده) أيضا، إلا انه بعيد جدا إذ الشهيد (قده) قد رتب حكمه هذا على اعتبار الملكيه صريحا.

إذن: فالصحيح ان يقال ان ما افاده الشهيد (قده) فى المسالك

[(مسأله ۲): إذا أذن لشخص فى زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف]

(مسأله ۲): إذا أذن لشـخص فى زرع أرضه على أن يكون الحاصـل بينهمـا بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صـحته و ان لم يكن من المزارعه المصطلحه (۱).

من سهو قلمه الشريف.

إذ لا دليل على اعتبار الملكيه فى المزارعه، بل الدليل قائم على عدمه، ففى صحيحه

محمد بن مسلم المتقدمه الحكم بصحه المزارعه على الأرض المستأجره.

بل و فى نصوص المزارعه فى الأرض الخراجيه ما فيه الكفايه لإثبات المدعى.

و الحاصل: ان المتعين فى جميع الموارد المذكوره فى المتن هو الحكم بالصحه. و لا وجه لما أفاده الشهيد (قده) من الحكم بالبطلان.

(١) إلا إنك قد عرفت غير مره عدم إمكان التمسك بالعمومات و المطلقات لإثبات الصحه لمثل هذه المعامله تحت اى عنوان كانت الجعاله أو غيرها، و ان صحتها تحتاج إلى دليل خاص.

و الوجه فيه: ان التزام مالك البذر إذا كان متعلقا بكون الحاصل مشتركا و من حين حدوثه و حصوله بينه و بين صاحبه- كما هو مقتضى الأدله فى الزكاه- فهو باطل و لا اثر له، فإنه غير مشروع فى نفسه لمخالفته للكتاب و السنه، فان النتاج تابع للبذر فى الملكيه، فلا يمكن ان يكون- و لو بعضا- ملكا للغير حين حدوثه.

فهو نظير ما لو التزم أحد فى عقد بكون ما يتركه أبوه عند وفاته- كلا أو بعضا- لغيره، فان هذا الالتزام لا يكون نافذا و لا يشمله قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٠٣

بل لا يبعد كونه منها أيضا (١). و كذا لو أذن لكل من

و ان كان التزامه متعلقا بتمليك ما سيملكه بعد ذلك، بان يلتزم بانتقال نصف الحاصل- مثلا- إلى صاحبه بعد انتقاله بتمامه إليه أولا، بحيث يملك صاحبه من الآن الأمر المتأخر، فهو و ان لم يكن مخالفا للكتاب و السنه، إلا انه القدر المتيقن من إجماعهم على بطلان التعليق فى العقود، بل لم يقع مثله إلا فى الوصيه حيث انها و لإطلاقات أدلتها تعم ما يملكه الموصى بعدها إلى حين الوفاه، و أما فى

غيرها فلم يقع بتاتا حتى فى التعبير إذ لا يصح ان يقول: «العبد الذى سأملكه غدا حر بعد وفاتى».

و هذا الكلام غير مختص بباب المزارعه، فإنه كما لا يجوز فيها لا يجوز فى غيرها من أنواع المعاملات أيضا حتى و لو كان ذلك بعنوان الجعاله، فلا يصح ان يجعل لمن يرجع عبده اليه ثلث ما سيملكه فى المستقبل أو ثلث ما سيخرجه أرضه.

و من هنا تكون صحتها محتاجه إلى دليل خاص، و لا يكفى فيها التمسک بالعمومات و الإطلاقات فإنها غير شامله له، و حيث لا دليل على الصحه إلا فى المضاربه و المزارعه و المساقاه، فلا بد من الحكم بالبطلان لعدم المخرج له عن عموم المنع.

و لذا لم يلتزم احد من الأصحاب- فيما نعلم- بصحه مثل ذلک فى غير المزارعه من العقود.

و الحاصل: ان الصحيح فى المقام هو الحكم بالبطلان، لعدم الدليل على الصحه و من هنا فلا يستحق العامل الا اجره مثل عمله.

(۱) بل هو فى غايه البعد، فان المزارعه من العقود اللازمه- على ما سيأتى- و يتضمن التزاما من الطرفين مع وجوب الوفاء عليهما

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۰۴

يتصدى للزرع و ان لم يعين شخصا. و كذا لو قال:

«كل من زرع أرضى هذه أو مقدارا من المزرعه الفلانيه فلى نصف حاصله أو ثلثه»- مثلا- فأقدم واحد على ذلک، فيكون نظير الجعاله (۱)، فهو كما لو قال: «كل من بات فى خانى أو دارى فعليه فى كل ليله درهم» أو «كل من دخل حمامى فعليه فى كل مره ورقه» (۲) فإن الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلائيه و لا نسلم انحصارها فى المعهودات، و لا حاجه الى الدليل

بحيث

لاـ يكون لكل منهما رفع اليد عنه، و هذا كله مفقود فى المقام فإنه من موارد الأذن و الإباحه بالتصرف الخارجى و ليس من العقد الذى يجب الوفاء به فى شى ء.

و الحاصل: ان الأذن المجرد مغاير للعقد اللازم بالضروره، فلا وجه لجعله منها.

(۱) التنظير انما يتم فيما إذا كان البذر من المالك، إذ المالك حينئذ يجعل على نفسه شيئا للغير عند قيامه بالعمل المعين، و أما إذا كان البذر من العامل فلا وجه لتنظيره بالجعاله حيث ان المالك حينئذ يجعل لنفسه شيئا على الغير- أعنى الحصه من النتاج الذى يكون تابعا للبذر فى الملكيه- و لا يلتزم على نفسه شيئا للغير.

(۲) و هو من القياس مع الفارق، فإنه أجنبى عن المزارعه بالمره إذ المال الذى يجب دفعه على الداخل أمر معلوم معين، فيدخل فى عنوان الإباحه بالعوض و هى أجنبيه عن باب المعاملات كليه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۰۵

الخاص لمشروعيتها، بل كل معامله عقلائيه صحيحه إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات (۱).

[(مسأله ۳): المزارعه من العقود اللازمه]

(مسأله ۳): المزارعه من العقود اللازمه (۲) لا تبطل

---

(۱) قد عرفت انها لا تعم المعاملات التى تتضمن تمليك المعدوم بالفعل.

(۲) بلا خلاف فيه، بل ادعى عليه الإجماع فى كلمات غير واحد لأصاله اللزوم فى العقود التى استدل عليها الشيخ الأعظم (قده) بوجوه عديده.

منها: ما يختص بالبيع و تمليك الأعيان كقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» «۱» فإن أخذ المال ثانيا بعد تمليكه للغير منه قهرا عليه تجاره من غير تراض و أكل للمال بالباطل، و قولهم (ع): «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» «۲».

و منها: ما هو عام لجميع العقود كاستصحاب بقاء الملكيه

و قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «۳».

و فى الأول مما يعم محل الكلام بحث طويل و عريض من حيث كونه استصحابا كليا أو شخصيا و انه من قبيل الشك فى المقتضى أو الشك فى الرافع.

فقد أورد عليه المحقق الخراسانى و السيد اليزدى (قدس سرهما) بأنه من الأول، لكننا قد أوضحنا فى محله انه ليس منه و انه من الشك فى الرافع.

---

(۱) سوره النساء آيه ۳۴.

(۲) الوسائل: باب ۱ من أبواب الخيار.

(۳) سوره المائده آيه ۲.

....

لكنك قد عرفت هناك أيضا، انه لا اثر لهذا الاستصحاب لانه من استصحاب الأحكام الكليه الإلهيه، و هو غير تام على ما بيناه فى محله.

نعم الاستدلال الثانى تام و متين و مقتضاه لزوم العقد فى المقام و غيره.

و ذلك لان الأمر بالوفاء ليس أمرا تكليفيا محضا إذ لا يحتمل كون الفسخ- على تقديرى ثبوته و عدمه- من المحرمات الإلهيه، و انما هو أمر إرشادى إلى عدم ثبوت حق رفع اليد عنه له فان معنى الوفاء بالعقد انهاءه و إتمامه و الالتزام بمقتضاه.

و من هنا فتدل الآيه الكريمه على لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ فيه، و بما أن المزارعه من العقود المتعارفه المعهوده من قبل التشريع و إلى الآن، و ممضاه من قبل الشارع المقدس بالسيره القطعيه، فتشملها الآيه الكريمه لا محاله.

هذا مضافا إلى إمكان التمسك بأدله إمضاء العقود كقوله تعالى:

«أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» «۱» و ما دل على جواز الصلح بين المسلمين.

و ذلك: لان الإلزام و الالتزام الصادر من المتعاقدين لا يخلو حاله من كونه مطلقا من حيث الزمان كالبيع أو مقيدا بزمان معين

كالنكاح المنقطع، إذ الإهمال غير معقول فى الأمور الواقعيه- على ما تقدم

بيانه غير مره.

و من هنـا فإذا أنشأ المكلف الملكيه الـدائميه بالبيع و نحوه أو المقيـده بزمان الإجاره و نحوها كان معنى إمضاء الشارع لما أنشأه الحكم بتحقق الملكيه المطلقه فى الفرض الأول و المقيده بذلك الزمان فى الثانى للطرف الآخر، و مقتضى إطلاق دليل الإمضاء عدم ارتفاعها بالفسخ، فإنه

---

(۱) سوره البقره آيه ۲۷۷.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۰۷

إلا بالتقايل (۱) أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط (۲).

مناف له و لا يصار اليه إلا بدليل خاص.

و الحاصل: ان دليل الإمضاء يكفى فى إثبات اللزوم، لأنه انما يكون على طبق ما أنشأه المنشأ، و بـذلك فيكون رفعه محتاجا إلى دليل خاص مقيد للإطلاق و الا فمقتضاه عدم الارتفاع.

و لعل هذا الوجه خير الوجوه التى يمكن بها إثبات أصاله اللزوم فلاحظ.

(۱) على مـا هو الحـال فى جميع العقود التى يكون مـدلولها من قبيـل الحق للطرفين كالبيع و نحوه، فان الحق لا يعـدوهما، فلهما رفع اليد عنه برضاهما، و يكون ذلك من قبيل البيع الثانى.

نعم لا مجال لذلك فيما يكون مدلوله من قبيل الحكم الشرعى كالنكاح، فإنه لا مجال لرفعه بالتقايل من الطرفين.

(۲) لاـ يبعـد ان يكون ذكره (قـده) لهـذين الخيـارين من باب المثال و الا فموجبات الفسـخ فى المقام لا ينحصـر فيها، إذ يمكن تصوره فى الغبن و نحوه.

و قـد ذكرنـا فى بحث الخيـارات ان خيار الغبن ليس خيارا مسـتقلا فى قبال سائر الخيارات، و انما هو راجع فى الحقيقه إلى خيار تخلف الشـرط، نظرا لما هو المرتكز فى المعاملات من تبديل الشـخص و العين مع التحفظ على الماليه و القيمه السوقيه، فإنه أمر مفروغ عنه لدى العقلاء فى جميع العقود التى منها النقل مع

غبن بوضيعه من احد الطرفين.

و من هنا فإذا ثبت خلاف ذلك، كان للآخر الخيار نظرا لتخلف الشرط الضمنى فى العقد.

و عليه: فيكون الحكم بثبوت الخيار عند ظهور الغبن حكما على القاعده، و لا حاجه للتمسک فى إثباته بالإجماع أو دليل نفى الضرر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۰۸

أى: تخلف بعض الشروط المشترطه على أحدهما و تبطل أيضا بخروج الأرض عن قابليه الانتفاع (۱) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك. و لا تبطل بموت أحدهما (۲) فيقوم

هذا و يمكن الفسخ بخيار تعذر تسليم العوض عند موت العامل مع عدم قيام الوارث مقامه، على ما سيأتى بيانه.

(۱) بلا خلاف فيه، إذ لا معنى للعقد على أمر غير ممكن التحقق فى الخارج، و الاتفاق على حصه من زرع لا يحصل، فإنه لا يعدو اللغو المحض.

(۲) أما مع موت المالک فلأن الأرض و ان كانت تنتقل إلى الورثه، الا انها انما تنتقل إليهم متعلقه لحق الغير و مسلوبه المنفعه فى الفتره المعينه بإزاء الحصه المعينه لهم، نظير موت المالك المؤجر بعد إنشاء عقد الإجاره فإن العين المستأجره و ان انتقلت إلى الورثه إلا انها تنتقل مسلوبه المنفعه حيث انها تكون للمستأجر.

و أما مع موت العامل، فلقيام وارثه مقامه.

الا ان هذا ليس بمعنى إلزامه بالعمل على طبق ما جعل، فإنه لم يكن طرفا فى العقد و المعاهده، و انما هو بمعنى لا بديه استئجاره أحدا من مال الميت- ان كان له مال- لقيامه بالعمل الثابت فى ذمه الميت، مقدمه لارثه لما ترک حيث انه انما يكون بعد إخراج الديون.

و بعباره اخرى: ان الوارث لا يرث شيئا إلا بعد أداء ديون الميت، لأنه إنما يرث ما تركه الميت، و ما

يقابل الديون ليس منه.

و من هنا فحيث ان العمل فى الأرض دين ثابت فى ذمه الميت يكون مانعا من ارث الوارث، فلا بد مقدمه للإرث من قيامه بالعمل

وارث الميت منها مقامه.

نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل (۱) سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده. و أما المزارعه المعاطاتيه فلا تلزم الا بعد التصرف (۲) و أما الإذنيه فيجوز

مباشره أو باستئجاره لغيره من مال الميت.

و عليه: فلو لم يكن للميت مال بالمره لم يجب على الوارث التبرع به من ماله الخاص بل يبقى العمل دينا فى ذمه الميت.

و حينئذ: فحيث يتعذر تسليم العمل، يثبت للمالك خيار الفسخ و يسمى هذا بخيار تعذر تسليم العوض، الذى مرت الإشاره إليه.

(۱) سواء أ كان ذلك بعنوان التقيد أو الاشتراط، حيث ذكرنا فى المباحث الأصوليه ان تقييد الكلى الطبيعى بشرط يوجب تخصصه لا محاله، فيكون المطلوب هو الحصه الخاصه المتصفه بكذا.

و من هنا: فالشرط فى الكليات الوضعيه منها و التكليفيه يرجع إلى التقييد لا محاله فتكون المزارعه واقعه على الحصه الخاصه من العمل و هى فى المقام ما يصدر من العامل مباشره.

و عليه: فلو مات العامل كشف ذلك عن بطلانها من الأول لانكشاف تعلقها بأمر ممتنع الوجود فى الخارج.

(۲) ما أفاده (قده) مبنى على ما اشتهر بينهم من جواز العقد المعاطاتى قبل التصرف بل يظهر من كلمات بعضهم انه لا يفيد الملكيه أصلا، و انما يفيد الإباحه خاصه، و قد حملها بعض على الملكيه المتزلزله.

و كيف كان: فقد تعرضنا لهذا البحث فى مباحثنا الفقهيه التى ألقيت تعليقا على كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم الأنصارى (قده)

فيها الرجوع

دائما (۱)، لكن إذا كان بعد الزرع و كان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقاءه إلى حصول

و قد عرفت ان جميع ما استدل به على لزوم العقود و ما ذكرناه أخيرا من إطلاق دليل الإمضاء، غير مختص بالعقد اللفظى و شامل للعقد المعاطاتى على حد سواء.

و من هنا: فان تم إجماع على جواز المعامله المعاطاتيه فهو و إلا- كما هو الظاهر و يكفى فيه الشك- فمقتضى القاعده هو اللزوم.

(۱) تقدم الكلام فيها فى المسأله الثانيه مفصلا، و قد عرفت ان هذه المعامله خارجه عن العقد فضلا عن كونها من المزارعه المصطلحه فإنها لا تتجاوز الوعد المجرد و من هنا فيحكم بفسادها لا محاله، لاشتمالها على تمليك المعدوم و هو غير جائز ما لم يدل عليه دليل خاص حيث لا تكفى العمومات و الإطلاقات فى الحكم بصحه مثل هذه المعاملات.

الا ان الماتن (قده) قد التزم فى تلك المسأله بصحتها و ان لم تكن من المزارعه المصطلحه، بل لم يستبعد (قده) كونها منها أيضا.

و على ضوء هذا المبنى يقع الكلام فى لزوم هذه المعامله و جوازها.

فنقول: أما إذا كان الرجوع قبل الزرع و العمل فلا ينبغى الإشكال فى جوازه. إذ ليس هناك إلا الأذن فى التصرف و هو غير ملزم به فله الرجوع عنه متى شاء.

و ان كان بعد عمل المقدمات و قبل الزرع ككرى الأنهار و نحوه ففى جوازه و عدمه وجهان.

اختار الماتن (قده) الأول حيث خص المنع بما إذا كان بعد الزرع.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۱۱

الحاصل، لأن الأذن فى الشى ء إذن فى لوازمه. و فائده الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذ و يكون الحاصل كله للعامل (۱).

الا ان الصحيح هو الثانى، و

ذلک لتضـرر العامل حیث یذهب عمله هدرا و یفوت حقه من دون عوض، فیشمله التعلیل المذکور فی معتبره محمد بن الحسین قـال: «کتبت إلی أبی محمـد (ع): رجـل کـانت له رحی علی نهر قریه، و القریه لرجل، و أراد صاحب القریه ان یسوق إلی قریته الماء فی غیر هـذا النهر و یعطل هـذه الرحی إله ذلک أم لا؟ فوقع (ع) یتقی اللّه و یعمل ذلک بالمعروف و لا یضـر أخاه المؤمن «۱».

حیث ان المستفاد منه انه لیس للمالک رفع الید عن اذنه للغیر فی التصرف إذا کان ذلک موجبا لتضرره.

فالتصرف الواقع فی ملک الغیر باذنه لا یذهب هدرا. و لیس للمالک منعه منه و مطالبته برفعه.

و علیه: ففی المقام حیث لم یکن العمل الصادر من العامل مجانیا و متبرعا به فلیس للمالک رفع الید عن اذنه، لاسـتلزامه لتفویت حق العامل و إهدار عمله.

و أوضـح من ذلک ما لو کان الرجوع بعـد الزرع و العمل، فإنه لیس للمالک ذلک جزما، لکونه من أوضـح مصادیق التعلیل فی الصحیحه المتقدمه، فیلزم بإذنه إلی حین بلوغ الزرع.

(۱) الکلام فی هذا الفرع بناء علی القول بصحه المعامله و جواز

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷ باب ۱۵ من أبواب إحیاء الموات ح ۱.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۱۲

[(مسأله ۴): إذا استعار أرضا للمزارعه ثم اجری]

(مسأله ۴): إذا استعار أرضا للمزارعه (۱) ثم اجری

الرجوع للمالک ینبغی أن یقع فی صورتین:

الأولی: فیما یکون علی المالک عند رفع یده عن الأذن بعد إتیان العامل بالمقدمات خاصه.

الثانیه: فیما یکون علیه عند رفع یده عن الأذن بعد قیام العامل بالزرع.

أما فی الصوره الاولی: فیجب علی المالک دفع اجره مثل عمل العامل له نظرا لصدوره عن أمره لا بقصد التبرع و المجانیه.

و أما

فى الصوره الثانيه: فعليه مضافا إلى أجره مثل العمل عوض البذر مثلا أو قيمه حيث يكون تالفا بسببه.

نعم لو كان البذر للمالك لم يكن عليه للعامل الا اجره مثل عمله.

و من هنا يظهر انه لا وجه لما ذكره (قده) من إلزام المالك للعامل بأجره مثل أرضه فتره بقاء الزرع بعد الرجوع.

بل العامل بالخيار بين قبول ذلك و بين الاعراض عن زرعه و مطالبته المالك بأجره مثل عمله و عوض بذره حيث تلف نتيجه للزرع فى الأرض المعينه.

فالمتحصل: انه بناء على جواز الرجوع فى هاتين الصورتين، فان كان الصادر من العامل شيئا غير الزرع، فليس له على المالك الا اجره مثل عمله و ان كان المأتى به هو الزرع فله مضافا إلى أجره مثل عمله المطالبه بعوض البذر.

هذا لكنك قد عرفت ان الصحيح بناء على صحه هذه المعامله هو لزومها و عدم جواز الرجوع للمالك و بذلك فيترتب عليه آثاره.

(۱) لا ينبغى الإشكال فى صحه الإعاره هذه، فان الانتفاع بالأرض

عقدها لزمت، لكن للمعير الرجوع فى إعارته (۱). فيستحق أجره المثل لأرضه على المستعير، كما إذا استعارها للإجاره (۲) فآجرها، بناء على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

قد يكون بالمباشره كزراعتها من قبله و قد يكون بالتسبيب و الواسطه بالاتفاق مع الغير.

(۱) الكلام فى هذا الفرع من هذه المسأله هو الكلام فى المسأله السابقه حرفا بحرف فان التعليل المذكور فى صحيحه محمد بن الحسين المتقدمه شامل له أيضا، فإنه ليس للمالك الرجوع عن الأذن و فسخ العاريه فيما إذا استلزم تضرر العامل.

نعم بناء على جواز الرجوع للمالك، فلا بأس بما ذكره (قده) من استحقاقه لأجره مثل

أرضه فتره بقاء الزرع على المستعير.

و لا يقاس هذا بالمزارعه الإذنيه فإن المالك فى المقام أجنبى عن الزرع بالمره، فإنه لم يصدر عن أمره كى يكون ضامنا له، و انما أتى العامل مجانا و تبرعا ليستفيد هو بنفسه.

فإذا رجع فان تصالحا على شى ء فهو و إلا فله المطالبه بأجره مثل أرضه فى الفتره الباقيه لرجوع منفعه تلك المده اليه، و معه فلا يجوز للعامل التصرف فيها و استيفاءها، بل لا بد له إما من رفع يده عن زرعه و رضاه بتلفه، أو استجابته فى دفع اجره مثل أرضه اليه.

و هذا بخلاف الفرض السابق حيث كان عمله بأمر من المالك لا بقصد التبرع و المجانيه.

(٢) و قد استشكل فى صحه هذه الإجاره بوجهين:-

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١۴

....

الأول:- ان العاريه متقومه باستفاده المستعير من عين المال، فإذا آجرها من غيره حكم ببطلانها نظرا لانتفاعه بالأجره حينئذ و هى غير معاره له، فإن الأجره عين أخرى أجنبيه عن العين المعاره و ليست هى منفعه لها.

الثانى:- ما أشار إليه الماتن (قده) من ان المستعير انما يملك الانتفاع بالعين دون منفعتها، فإنها باقيه على ملك المالك المعير، و من هنا فإذا انتقلت بالإجاره إلى ملك المستأجر- حيث تتضمن الإجاره تمليك المنفعه- كان لازم ذلك دخول العوض فى كيس غير من خرج منه المعوض، فإن المنفعه تخرج من ملك المعير فى حين يدخل العوض فى كيس المستعير. و هو أمر غير جائز.

الا أن كلا هذين الإشكالين قابل للدفع:- أما الأول فيرده: ان الانتفاع بالعين المعاره لا يلزم ان يكون من المنفعه مباشره بمعنى كونه من نفسها و عينها، بل يجوز ان يكون ببدلها مع اجازه المالك بلا اشكال بل

لعله مما لا خلاف فيه أيضا، و لذا يجوز له دفع العين المعاره إلى غيره بإزاء انتفاعه بعين الآخر مع رضى المالك.

و مما يشهد له جواز استعاره اللحاف و ما شاكله للضيوف، فإنه مما لا ينبغى الإشكال فى جوازها، و الحال ان المستعير لا يستفيد من العين المعاره بالمباشره فإنه ليس إلا لكون استفاده الضيف انتفاعا للمضيف، حيث انه من عياله و لا بد له من القيام بشؤونه و واجباته و منها تهيئه الغطاء له.

فإذا صح ذلك مجانا صح مع العوض أيضا، فإنه لا ينافى حقيقه الاستعاره فإن الأجره بدل عن منفعه الأرض فيصح ان يقال للمستعير

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٥

....

المستفيد منها انه مستفيد من منفعه الأرض.

و أما الثانى: فقد رده الماتن (قده) بأن الأقوى جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

إلاـ إنك قد عرفت منا غير مره ان ما افاده (قده) ممنوع كبرويا فان مفهوم المعاوضه متقوم بدخول العوض فى ملك مالك المعوض و الا فلا يكون عوضا له بل كل منهما يعتبر هبه مجانيه و بلا عوض.

و من هنا فلا يصلح ما أفاده (قده) جوابا للإشكال.

فالصحيح فى مقام الجواب هو المنع الصغروى، فإن مسأله جواز الإعاره للإجاره غير مبنيه على هذا الاعتبار- اعنى جواز كون العوض لغير مالك المعوض- فإنها جائزه حتى بناء على ما هو المشهور و الصحيح من اعتبار دخول العوض فى ملك من يخرج منه المعوض.

و قد ظهر وجهه مما تقدم فى جواب الإشكال الأول فإن العاريه نوع تمليك و ليست بإباحه محضه.

نعم ذكر الاعلام انها تمليك للانتفاع الا انه لا يمكن المساعده عليه، فان الانتفاع من أفعال المستعير فلا معنى لتمليكه من قبل الغير إذ لا معنى

لتمليك احد غيره فعل نفسه- الغير- فإنه مالك لعمله و فعله واقعا و من دون حاجه إلى التمليك.

إذن: فتعبيرهم (قدس سرهم) بأنها تمليك الانتفاع لا يخلو من المسامحه الواضحه، فإنها فى الحقيقه من تمليك المنفعه حالها فى ذلك حال الإجاره، غايه الأمر انها ليست مثلها من حيث تضمنها لتمليك المنفعه على الإطلاق، فإنها- العاريه- أنما تتضمن تمليك حصه خاصه من المنفعه هى المنفعه من حيث استعدادها لانتفاع المستعير، و لذا فلا تنتقل إلى ورثته بعد موته كما انه ليس له نقلها إلى غيره بغير اجازه المالك.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣١٦

[(مسأله ۵): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئا فى ذمته أو فى الخارج- من ذهب أو فضه أو غيرهما- مضافا إلى حصته من الحاصل]

(مسأله ۵): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئا فى ذمته أو فى الخارج- من ذهب أو فضه أو غيرهما- مضافا إلى حصته من الحاصل صح (١) و ليس قراره مشروطا بسلامه الحاصل (٢)، بل الأقوى صحه استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما (٣) مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون

و على ضوء هذا يتضح ان الإجاره فى المقام محكومه بالصحه فيما إذا كانت صادره عن رضا المالك المعير، فإن المنفعه لما كانت ملكا للمستعير بحكم العاريه كان العوض- الأجره- داخلا فى كيس من خرج منه المعوض لا محاله.

و بهذا فلا يبقى محذور يمكن ان يستند إليه فى مقام المنع عن صحه هذا العقد فإنه مستكمل لجميع شرائط الصحه بما فى ذلك اعتبار كون العوض داخلا فى ملك من يخرج منه المعوض.

(١) بلا كلام فيه. فان الشرط لا يتضمن مخالفه للعقد، لانه لا يتقوم الا بكون الأرض من أحدهما و العمل من الآخر على ان يكون النتاج بينهما، و من هنا فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالشرط.

(٢) نظرا لعدم ارتباط كل من الأمرين بالآخر، فان دليل

وجوب الوفاء بالشرط أجنبى عن دليل العقد الذى اقتضى كون الناتج بينهما و التالف عليهما، و من هنا فحيث كان التزام المشروط له بالعقد معلقا على التزام صاحبه بالشرط، و قد تحقق منه ذلك، وجب عليه الوفاء به لأدله لزوم الوفاء بالشروط، و ان لم يتم الحاصل.

(٣) فيه نظر بل منع، يظهر وجهه مما تقدم، فان العمومات و الإطلاقات غير شامله لمثل هذا العقد الذى يتضمن تمليك المعدوم

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ٣١٧

مشاعا بينهما، فلا يعتبر إشاعه جميع الحاصل بينهما على الأقوى. كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه (١)

بالفعل، و من هنا فلا بد فى الحكم بصحتها من الدليل الخاص، و حيث ان المورد خارج عن مورد النصوص الوارده فى المزارعه باعتبار أنها انما تضمنت الصحه فيما إذا كان الحاصل مشاعا بينهما، و هذا مفقود فى المقام فإن أحدهما يختص بمقدار منه و يكون الباقى مشاعا بينهما، يحكم ببطلانه بمقتضى القاعده لا محاله.

ثم لا بأس بما أفاده (قده) بناء على مختاره من شمول العمومات و الإطلاقات لمثل هذه المعاملات.

(١) ظاهر تشبيهه (قده) لاستثناء الأرطال المعلومه باستثناء مقدار البذر هو كون الحكم بالصحه فى الثانى مفروغا عنه.

الا ان الأمر ليس كذلك، فان الحال فى البذر هو الحال فى الأرطال المعلومه من حيث القاعده، فينبغى الحكم فيه بالبطلان أيضا.

نعم ادعى بعضهم الصحه فى المقام حتى مع القول بالبطلان فى استثناء الأرطال المعلومه، خروجا عن القاعده لأجل النص الخاص.

و استدل عليها بصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد اللّه (ع):

«قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من

فضل فهو بينهما. قال: لا بأس» «۱».

و خبر إبراهيم الكرخى: قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع)

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۲.

....

أشارك العلج فيكون من عندى الأرض و البذور و البقر و يكون على العلج القيام و السقى (السعى) و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا و تكون القسمه فيأخذ السلطان حقه. و يبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث و لى الباقى. قال: لا بأس بذلك. قلت: فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض و البذر و يقسم ما بقى؟ قال: انما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام» «۱».

الا أن الاستدلال بهما محل نظر بل منع:- أما الصحيحه فهى أجنبيه عن محل الكلام بالمره، إذ ليس فيها أيه دلاله أو إشعار على إخراج البذر من الحاصل، بل هى كسائر نصوص الباب داله على إشاعه الحاصل بينهما كما يقتضيه قوله (ع):

«و ما كان من فضل فهو بينهما».

فما أفيد من دلالتها على المدعى غير واضح.

على اننا لو سلمنا دلالتها على إخراج البذر من الحاصل كان مقتضاه خروج البذر من الحاصل مطلقا سواء اشترط ذلك ضمن العقد أم لم يشترط، و هو مقطوع البطلان حيث لا قول به بل لا وجه له فإنه لا يستثنى منه من غير الشرط جزما، و انما الكلام فى استثناءه على تقدير الاشتراط.

و أما الخبر فهو مضافا إلى ضعف سنده بإبراهيم الكرخى حيث لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق، قاصر الدلاله أيضا، فإن ظاهر قوله (ع): «انما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى

---

(۱) الوسائل: ج

۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۱.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۱۹

أو استثناء مقدار خراج السلطان (۱) أو ما يصرف فى تعمير الأرض (۲) ثم القسمه. و هل يكون قراره فى هذه الصوره مشروطا بالسلامه كاستثناء الأرطال فى بيع الثمار أولا؟ وجهان (۳).

و القيام» ان النتاج الحاصل انما هو وليده أمرين معا البذر من جهه و العمل من جهه أخرى و من هنا يكون الحاصل لهما معا على حد سواء من غير اختصاص لأحدهما به كلا أو بعضا.

إذن: فالاستدلال بهذا الخبر على بطلان الاشتراط اولى من الاستدلال به على صحته فلاحظ.

(۱) على ما دلت عليه صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه و غيرها.

(۲) فيدخل فى عنوان الأعمار و الإصلاح المذكورين فى الصحيحه المتقدمه.

(۳) كونها محموله على الإشاعه فيحسب التالف على الشارط و المشروط عليه بالنسبه، و كونها من قبيل الكلى فى المعين فلا ينقص من الشرط شى ء.

و الأول هو الأقوى، فإن نسبه المستثنى- الحصه المعينه- و المستثنى منه إلى المجموع واحده، فلا يختص أحدهما بملك الشخص و الآخر بملك الكلى بل ملكهما معا على نحو واحد، و الموجود بالفعل مضاف فى الملك إليهما على حد سواء.

و مما يدلنا على ذلك انه لو تلف جميع الحاصل و لم يبق منه الا مقدار البذر أو الشرط، لم يمكن ان يقال بكونه للمشروط له، فإنه مخالف لوضع المزارعه و قانونها حيث ان مقتضاها لزوم بقاء مقدار من الناتج لكل منهما بعد إخراج الشرط بحيث لا يبقى احد منهما فاقدا

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۲۰

[(مسأله ۶): إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ]

(مسأله ۶): إذا شرط مده معينه يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ، فالظاهر ان

للمالـك الأمر بإزالته بلا أرش أو إبقاءه و مطالبه الأجره ان رضـى العامل بإعطائها، و لا يجب عليه الإبقاء بلا أجره، كما لا يجب عليه الأرش مع إراده الإزاله، لعدم حق للزارع بعد المده، و الناس مسلطون على أموالهم (١) و لا فرق بين أن يكون

للنصيب مع وجود الحاصل حتى مع الاشتراط و هو انما ينسجم مع القول بكون الحصه على نحو الإشاعه لا الكلى فى المعين.

و عليه: فيتعين القول بها.

(١) الا انه قد يقال بأن قاعده السـلطنه محكومه لدليل لا ضـرر، فان فى قلع المالك للزرع من دون دفع الأرش إلى العامل ضـررا عليه حيث يوجب ذهاب عمله أو هو مع البذر- على تقدير كونه منه- هدرا فيشـمله دليل لا ضـرر، و هو حاكم على جميع الأدله بما فى ذلك قاعده السلطنه.

و من هنا: فليس للمالك إلزام العامل بقلع الزرع، لكنه حيث لا يذهب مال المسـلم هدرا لم يجب على المالك إبقاءه فى أرضـه مجانا، بل له مطالبه العامل بأجره الأرض فى الفتره الباقيه.

و بهـذا فيكون العامـل- فى الحقيقه- بالخيـار بين دفع اجره مثـل الأـرض فى الفتره البـاقيه للمالك و بين تنازله عن زرعه و قبوله لقلعه من غير أرش.

لكنك قد عرفت منا عند التعرض لقاعده لا ضرر، ان نفى الضرر فى الإسلام كنفى الحرج و سائر المنفيات و المرفوعات، وارد

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢١

....

مـورد الامتنـان على الأـمه المرحـومه، و من هنـا يجب أن يكـون الحكم المنفى امتنانيـا على جميع المكلفين على حـد واحـد، لا البعض دون البعض الآخر، فإنه لو كان فى رفع الحكم امتنان على بعض و ضرر على غيره لم يثبت لمنافاته للامتنان و التفضل من الشارع المقدس.

و

علیه: ففی المقام حیث یکون منع المالک من التصرف فی أرضه و الحجر علیه فی ماله ضررا علیه، فلا یشمله- المقام- دلیل نفی الضرر، لمنافاته للامتنان.

و لو قلنا بشموله لمثل ذلک لوجب القول به فیما لو اشتبه احد فزرع فی أرض الغیر خطاءا ثم تبین له الحال و لم یرض المالک ببقائه فی أرضه.

و الحال انه لا- یمکن الا-لتزام فی هذه الصوره بلزوم إبقاء المالک لزرع الغیر أو بناءه، و انتفاء سلطنته علی ماله. بل و ینبغی ان یقال به فی صوره العمد و الغصب أیضا، إذ فی أمر المالک بالقلع ضرر علی الغاصب، و هو مرفوع فی الشریعه المقدسه.

و دعوی: ان الغاصب بفعله مقدم علی الضرر لعلمه بغصبه و عدم جوازه له، و حدیث نفی الضرر لا یشمل موارد الاقدام علیه.

مدفوعه: بأن الإقدام علی الضرر انما یکون فیما إذا کان فعل المکلف ضررا بنفسه و قد أقدم علیه مع الالتفات الیه، کما لو باع ماله الذی یسوی بمائه بعشره مع التفاته إلی ذلک، فإنه لا یمکن الحکم حینئذ ببطلان هذه المعامله أو ثبوت الخیار له تمسکا بدلیل نفی الضرر، فان الضرر انما اتی من قبل نفسه بإقدامه علیه.

بل شمول دلیل نفی الضرر لمثله یکون علی خلاف الامتنان، فان نقض الشارع لما یختاره المکلف لنفسه لا یعد امتنانا علیه، بل هو علی خلاف الامتنان کما لا یخفی.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۲۲

....

و أما إذا لم یکن الفعل بنفسه ضرریا. إلا انه کان مقدمه لحکم شرعی ضرری، کان مشمولا لدلیل نفی الضرر جزما و بلا اشکال فیه، حیث ان الضرر انما جاء من قبل حکم الشارع لا من قبل فعل المکلف نفسه.

و لذا لا یمکن

ان يقال بوجوب الغسل أو الوضوء على من يكون استعمال الماء له ضرريا، إذا أجنب نفسه عمدا أو نقض وضوءه كذلك، بدعوى انه هو الذى إقدام عليه.

فإنه لم يقدم على الغسل أو الوضوء، و انما أقدم على مقدمه حكم الشارع بوجوبهما، و الأقدام عليهما لا يعتبر إقداما على الضرر نفسه، بل يبقى الضرر ناشئا من حكم الشارع خاصه، و ان تحقق موضوعه بفعل المكلف اختيارا.

و الحاصل: ان مقتضى التمسك بدليل لا ضرر هو القول بشموله لمورد الغصب أيضا، فإن الغاصب لم يقدم على الضرر مباشره و انما أقدم على الزرع فى أرض الغير و هو بحد نفسه ليس بضررى عليه، و انما الضرر يحصل من حكم الشارع بالقلع. فينبغى ان يقال بانتفاءه و الحال ان بطلان هذا الحكم يكاد أن يكون من الضروريات.

إذن: فالصحيح ان يقال بعدم شمول دليل لا ضرر للمقام نظرا لمنافاته للامتنان و حينئذ فمقتضى دليل السلطنه جواز إلزام المالك له بالقلع من غير ضمان.

و هل للمالک مباشره إزاله الزرع بنفسه أم لا؟

قيل بالأول، لأنه لما كان له إلزام العامل بالقلع كان له مباشره ذلك بنفسه.

و فيه: انه لا ملازمه بين الأمرين، فله ان يطالبه بالإزاله و ليس

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۲۳

ذلک بتفريط الزارع أو من قبل اللّه (۱) كتأخير المياه أو تغير الهواء. و قيل بتخييره بين القلع مع الأرش و البقاء مع الأجره و فيه: ما عرفت (۲)، خصوصا إذا كان بتفريط الزارع. مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجره بلا رضاه. نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ- بلا أجره أو معها- ان مضت المده قبله لا يبعد صحته (۳) و وجوب الإبقاء عليه.

له

تصدیه لذلک، فإنه إتلاف لمال الغیر بلا موجب.

و لـذا لو دخـل حیوان الغیر إلی داره، کان للمالک إلزامه بإخراجه و لو بـذبحه عنـد تعـذر إخراجه حیا، و لیس له مباشـره ذلک بنفسه و لو فعل کان ضامنا له، لانه تصرف فی مال الغیر و إتلاف له من غیر رضاه.

نعم لو امتنع العامـل من القلع کـان له رفع امره إلی الحـاکم الشـرعی لإجبـاره علیه. و عنـد تعـذره یتولاـه عـدول المؤمنین و عند تعذرهم یصل الدور إلی نفسه، علی ما تقتضیه قواعد المرافعات و مطالبه الحقوق.

(۱) إذ لا اثر لذلک فی قاعده سلطنه الناس علی أموالهم.

(۲) من کونه منافیا لسلطنه المالک علی ماله.

(۳) خلافا لجمله من الأصحاب حیث حکموا بفساد الشرط، و آخرون بسرایته للعقد أیضا.

و استدل للأول بأن إبقاء الزرع بعد المده إذا کان معلقا علی عدم بلوغه فیها، حکم ببطلانه لمکان التعلیق.

فی حین استدل للثانی بأنه لا بد فی المزارعه من تعیین المده، فإذا

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۲۴

[(مسأله ۷): لو ترک الزارع الزرع بعد العقد و تسلیم الأرض إلیه حتی انقضت المده]

(مسأله ۷): لو ترک الزارع الزرع بعـد العقـد و تسـلیم الأرض إلیه حتی انقضت المده، ففی ضـمانه اجره المثل للأرض- کما انه یستقر علیه المسـمی فی الإجاره- أو عدم ضمانه أصلا غایه الأمر کونه آثما بترک تحصیل الحاصل أو التفصیل بین ما إذا ترکه اختیـارا فیضـمن أو معـذورا فلاـ أو ضـمانه مـا یعادل الحصه المسـماه من الثلث أو النصف أو غیرهما بحسب التخمین فی تلک السـنه، أو ضـمانه بمقـدار تلـک الحصـه من منفعه الأـرض من نصـف أو ثلث و من قیمه عمـل الزارع، أو الفرق بین مـا إذا اطلع المالک علی ترکه للزرع فلم یفسخ المعامله لتدارک استیفاء منفعه أرضه

ترددت بین الفتره المعینه و

ما بعدها إلى حين بلوغ الزرع، حكم ببطلانها لجهاله المده.

إلا أن فى كليهما نظرا، و ما ذهب اليه الماتن (قده) هو الصحيح فان مرجع هذا الشرط انما هو إلى جعل مده المزارعه هى فتره بلوغ الحاصل و ادراك الزرع- تحقق فى المده المعينه فهو و إلا فإلى حين حصوله- و لا ريب فى صحه العقد مع تعيين المده بالبلوغ و ادراك الحاصل، إذ لا يعتبر فى عقد المزارعه تعيين المده الزمانيه. و لا تضر مثل هذه الجهاله فإنها إنما تبطل بلحاظ الغرر و هو منتف فى المقام.

و من هنا يظهر الحال فى دعوى البطلان من جهه التعليق، فإنه لا تعليق حقيقه و فى الواقع، مضافا إلى انه لا دليل على البطلان عند التعليق فى التوابع و الشروط.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۲۵

فلا يضمن و بين صوره عدم اطلاعه إلى ان فات وقت الزرع فيضمن، وجوه و بعضها أقوال (۱) فظاهر بل صريح جماعه الأول بل قال بعضهم يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص و استظهر بعضهم الثانى و ربما يستقرب الثالث، و يمكن القول بالرابع و الأوجه الخامس، و أضعفها السادس- ثم هذا كله إذا لم يكن

---

(۱) و قد ذكر بعضهم وجها سابعا هو ضمان العامل للمالك قيمه العمل لانه قد ملكه عليه بعقد المزارعه فإذا أتلفه بتركه ضمنه بقيمته.

و التحقيق ان يقال: ان الأصل فى المقام يقتضى القول الثانى- أعنى عدم الضمان مطلقا- فإن إثبات الضمان يحتاج إلى الدليل و إلا فمقتضى الأصل العدم.

و من هنا فلا بد من ملاحظه الوجوه المذكوره و ما يمكن ان يقال فى توجيهها.

فنقول: أما ضمان العامل لقيمه العمل كلا- كما هو الوجه الأخير- أو

بعضا- على ما هو مختار المصنف (قده) فلا وجه له بالمره، فإن عقد المزارعه- على ما يستفاد من نصوصها- ليس إلا معامله بين طرفين على ان يبذل أحدهما الأرض و الآخر العمل و اشتراكهما فى الحاصل، و من دون ان يكون كل منهما مالكا على الآخر شيئا فليس صاحب الأرض مالكا للعمل على المزارع كما لا يملك هو منفعه الأرض على صاحبها بل كل منهما يبذل الذى عليه من الأرض أو العمل مجانا و بإزاء لا شى ء إلا الشركه فى النتيجه و الحاصل.

و ما ذكرناه فيما لو كان البذر من العامل أوضح مما لو كان من

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۲۶

....

صاحب الأرض، فإنه حينئذ إنما يعمل فى بذره و يكون عمله له، غايه الأمر انه يجعل نصيبا من الحاصل للمالك بإزاء تصرفه فى أرضه.

و معه فما معنى ان يقال بان المالك يملك على المزارع العمل، فإنه لم يعمل إلا لنفسه.

لكن هذا لا يعنى خفاء الحكم فيما لو كان البذر من صاحب الأرض، فإن الحال فيه هو الحال فى فرض كون البذر من المزارع لأنه إنما يعمل لكى يكون النصيب المعين و الحصه المفروضه من الحاصل له، لا ان تكون له منفعه الأرض، كى يقال بان المالك يملك عليه بإزاء ذلك العمل.

و أما الضمان من جهه الأرض فلا بد فيه من التفصيل بين ما لو سلمها المالك اليه بحيث كانت تحت يد المالك و بين ما لو خلى السبيل بينها و بين العمل.

ففى الأول: لا بد من الحكم بالضمان للقاعده، فإن تصرف العامل فى الأرض بالاستيلاء عليها تصرف عدوانى لفقده إذن المالك و رضاه، لأنه انما اذن له فى الاستيلاء عليها مقيدا بالعمل فيها،

فإذا لم يعمل- كما هو المفروض- كان استيلاءه فاقدا لرضاه، فيحكم بالضمان لا محاله حاله فى ذلك حال سائر موارد الغصب.

من غير فرق فى الحكم بين علم المالك بالحال و جهله به، و بين كون ترك العمل لعذر و عدمه، فان الضمان بقاعده اليد غير مشروط بجهل المالك أو عدم العذر للمستولى.

بخلاف الثانى: حيث يختص ضمانه بفرض جهل المالك بالحال، فإنه لا مجال لإثبات الضمان فى هذا الفرض بقاعده اليد- إذ المفروض بقاءها تحت يد المالك و انما لا بد فى إثباته من التمسك بقاعده الإتلاف

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۲۷

الترک بسبب عذر عام، و إلا فيكشف عن بطلان المعامله (۱) و لو انعكس المطلب، بأن امتنع المالک من تسليم الأرض بعد العقد، فللعامل الفسخ (۲)، و مع عدمه ففى ضمان المالک ما يعادل حصته من منفعه الأرض، أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين، أو التفصيل بين صوره العذر و عدمه، أو عدم الضمان حتى لو قلنا به فى

و مقتضاها اختصاص الضمان بفرض جهل المالک بالحال حتى فوات أوان الزراعه، فإنه حينئذ يستند تلف المنفعه إلى ترک الزارع للزراعه فيها، إذ لو كان عالما بالحال لاستند الفوات إلى تركه- المالک- الانتفاع بأرضه بعد علمه بترک العامل للعمل فى أرضه.

إذن فالصحيح فى المقام هو التفصيل على النحو الذى ذكرناه من الفرق بين ما لو كانت الأرض تحت يد العامل فيضمن منفعتها مطلقا و بين ما لو كانت تحت يد المالک فالتفصيل بين علمه بالحال و جهله به فيضمن فى الأول دون الثانى.

ثم ان مما ذكرنا يظهر الحال فى الآثار المترتبه على ترک الزرع، كما لو فرضنا تضرر الأرض بذلک، فان العامل يضمنه

مضافا إلى ضمان المنفعه على التفصيل المتقدم حرفا بحرف.

(۱) لما تقدم من اعتبار إمكان الزراعه، إذ مع عدمه لا معنى لإيقاع عقد تكون نتيجته الاشتراک فى الحاصل.

و عليه: فلا ضمان فى المقام، فان العين امانه فى يده و فوات المنافع غير مستند اليه.

(۲) بموجب خيار عدم التسليم، و معه فيفرض العقد كأن لم يكن.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۲۸

الفرض الأول، بدعوى الفرق بينهما، وجوه (۱).

[(مسأله ۸): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه]

(مسأله ۸): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب و لم يمكن الاسترداد منه، فان كان ذلک قبل تسليم الأرض إلى العامل تخير بين الفسخ و عدمه (۲)، و ان كان بعده لم يكن له الفسخ (۳)، و هل يضمن الغاصب

---

(۱) أقواها الأخير، و يظهر وجهه مما تقدم، فان ضمان العامل لمنفعه الأجره انما كان بملاک قاعده اليد عند استيلاءه على الأرض أو قاعده الإتلاف عند جهل المالک بالحال مع عدم استيلاء العامل عليها.

و حيث انه لا شى ء منهما متحقق فى المقام، إذ المالک لم يفوت على العامل شيئا لأنه لم يكن يملک حصه من منفعه الأرض- على ما عرفت بيانه مما تقدم، باعتبار ان عقد المزارعه مبنى على بذل كل من الطرفين ما يجب عليه مجانا بإزاء اشتراكهما فى النتيجه خاصه- فلا وجه للحكم بضمانه لحصته من منفعه الأرض.

و أوضح من ذلک فى الفساد القول بضمانه للحصه من الحاصل تخمينا فإنها ليست مملوكه للعامل بالفعل، كى يضمنها المالک له، نعم انه كان سيملكها على تقدير ظهورها، و قد منع المالک من تحققها برفع موضوعها، إلا انه غير موجب للضمان جزما.

و مما تقدم يظهر الحال فى التفصيل بين العذر و غيره، فإنه لا موجب له بالمره، بعد عدم شمول

دليل الضمان للمقام.

نعم المالک آثم بترکه التسليم، لامتناعه عما هو واجب عليه.

(٢) لما تقدم من ثبوت الخيار عند عدم التسليم.

(٣) لتماميه العقد به.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٢٩

تمام منفعه الأرض فى تلک المده للمالک فقط، أو يضمن له بمقدار حصته- من النصف أو الثلث- من منفعه الأرض و يضمن له أيضا قيمه حصته من عمل العامل، حيث فوته عليه، و يضمن للعامل أيضا مقدار حصته من منفعه الأرض؟

وجهان (١)، و يحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين.

[(مسأله ٩): إذا عين المالک نوعا من الزرع – من حنطه أو شعير أو غيرهما – تعين]

(مسأله ٩): إذا عين المالک نوعا من الزرع- من حنطه أو شعير أو غيرهما- تعين و لم يجز للزارع التعدى عنه (٢)

---

(١) ظهر مما تقدم فى المسأله السابقه أن الأقوى فى المقام هو القول الأول، فإن العامل لا يملک شيئا من منفعه الأرض کی يضمن له نتيجه لفواته بالغصب بموجب قاعده الإتلاف، کما ان المالک لا يملک شيئا من عمل العامل کی يضمن له بالإتلاف أيضا، فان کلا منهما متبرع بالذى عليه للاشتراک فى النتيجه.

و من هنا يظهر الحال فى الوجه الأخير أيضا، فإنه لا معنى لضمان الغاصب ما لم يکن بمملوک بالفعل، فان الضمان انما يختص بما يعد مالا بالفعل، و أما ما سيکون کذلک فى المستقبل فلا يثبت الضمان برفع موضوعه و المنع من تحققه کما هو واضح.

إذن: فالصحيح هو ضمان الغاصب للمالک خاصه منفعه أرضه الفائته بالغصب، لعموم قاعده الضمان للمنافع کالأعيان.

(٢) لوجوب الوفاء بالعقد عليه، و انتفاء الأذن فى التصرف فى غيره.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣٠

و لو تعدى إلى غيره ذهب بعضهم إلى أنه إن کان ما زرع أضر مما عينه المالک کان المالک مخيرا بين الفسخ

و أخذ أجره المثل للأرض، و الإمضاء و أخذ الحصه من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، و ان كان أقل ضررا لزم و أخذ الحصه منه. و قال بعضهم: يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقا، لان ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصه منه مطلقا، و الأقوى (١) أنه ان علم أن المقصود مطلق الزرع.

---

(١) بل الأقوى هو ان يقال: انه قد يفرض انكشاف الحال للمالك بعد تماميه الزرع الذى تعدى الزارع به، و بلوغ الحاصل، و قد يفرض انكشافه فى أثناء العمل و قبل بلوغ النتاج.

ثم و على كلا التقديرين اما ان يكون ما عينه المالك على نحو التقييد و اما ان يكون على نحو الشرطيه، فإنه أمر ممكن و ان كان على خلاف المرتكزات العرفيه، حيث انها قائمه على كون التعيين على نحو التقييد و ان كان ظاهره هو الاشتراط.

فان كان على نحو التقييد فحيث ان ما وقع عليه العقد لم يتحقق فى الخارج و ما تحقق لم يتعلق به العقد، كان الزارع بتصرفه هذا متعديا و متصرفا فى مال الغير بغير إذنه، و بذلك يضمن ما يستوفيه من منفعه الأرض.

و ليس هناك ضمان آخر لهذه المنفعه غير هذا الضمان، فإن المنفعه الواحده لا يكون لها الا ضمان واحد، و سيأتى مزيد توضيح له إنشاء اللّه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٣١

....

هذا كله فيما يتعلق بضمان الأرض و استيفاء الزارع لمنفعتها.

و اما البذر فان كان للمالك فله ان يسقط ضمان العامل الثابت عليه بوضعه ليده عليه بغير إذنه، و بذلك فيكون له جميع الحاصل، على ما تقتضيه قاعده تبعيه النتاج للبذر.

كما ان له مطالبه العامل بالبذر، لأنه

قد أتلفه عليه بالزرع، فإذا بذله له و خرج عن عهدته. ملك الحاصل قهرا تبعا للبذر على ما يقتضيه بناء العقلاء و يساعد عليه الارتكاز العرفى، فإنهم يعاملون مع المؤدى لبدل التالف معامله المالك له بقاء على ما ذكرناه مفصلا فى مسأله ضمان الأيادى المتعدده من مباحث المكاسب.

هذا كله فيما إذا انكشف الحال للمالك بعد تماميه الزرع و بلوغ الحاصل، و أما إذا كان ذلك فى أثناء المده، فالأمر كما تقدم بالقياس إلى المده الفائته، فإن العامل يضمن له اجره مثل أرضه فى تلك الفتره.

و أما البذر فان كان العامل فللمالك إلزامه بتخليه أرضه و إخراج بذره كيف ما كان.

و ليس للعامل إلزامه ببقاءه فى أرضه فى مقابل الأجره فضلا عن المجانيه.

و ان كان للمالك فالكلام فيه هو الكلام فيما لو انكشف الحال له بعد تماميه الزرع و بلوغ الحاصل، حرفا بحرف، فان له ان يسقط ضمان العامل و يرضى ببقاءه فى ملكه فيكون الحاصل له، و له ان يطالب العامل بضمانه و بعده فله الخيار أيضا بين رضاه ببقاءه فى قبال الأجره أو أمره بالقلع من غير أرش.

ثم ان هذا كله فيما إذا كان التعيين على نحو التقييد، و أما لو كان على نحو الاشتراط خلافا للمرتكزات العرفيه بالتصريح أو القرينه،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۳۲

و ان الغرض من التعيين ملاحظه مصلحه الأرض و ترک ما يوجب ضررا فيها يمكن أن يقال أن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين فى صوره كون المزروع أضر و تعيين الشركه فى صوره كونه أقل ضررا. لكن التحقيق مع ذلک خلافه، و إن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قله الضرر و كثرته، فاما

أن يكون التعيين على وجه التقييد و العنوانيه، أو يكون على وجه تعدد المطلوب و الشرطيه (۱)، فعلى الأول إذا خالف ما عين فبالنسبه

فالمالک بالخيار بين إسقاط شرطه و رضاه بالمزروع بالفعل، فيكون الحاصل على ما قرراه فى العقد، و بين فسخ العقد من جهه تخلف الشرط و حينئذ فيكون حاله حال التقييد حيث يفرض العقد كأن لم يكن و بذلک فيضمن العامل اجره مثل الأرض لتصرفه فيها بغير إذن مالكها.

و حكم البذر ما تقدم من التفصيل بين كونه للمالک أو العامل تماما فراجع.

(۱) تقدم منا غير مره ان ذلک و ان كان ممكنا فى حد ذاته إلا انه على خلاف المرتكزات العرفيه جدا.

فان الاشتراط فى الكلى- بملاحظتها- تقييد لها لا- محاله، و ان كان ظاهر التعبير هو الشرطيه، فإن معناه كون مورد العقد خصوص الحصه المعينه من الزرع دون الطبيعى أينما سرى.

نعم ما يؤخذ فى الأعيان الخارجيه كالكتابه فى العبد يكون شرطا

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۳۳

اليه يكون كما لو ترک الزرع أصلا حتى انقضت المده، فيجرى فيه الوجوه السته المتقدمه فى تلک المسأله (۱)، و اما بالنسبه إلى الزرع الموجود فان كان البذر من المالک فهو له، و يستحق العامل أجره عمله (۲) على اشكال فى صوره علمه بالتعيين و تعمده الخلاف لإقدامه حينئذ على هتک حرمه عمله، و ان كان البذر للعامل كان الزرع له

لا محاله و ان ذكر بنحو القيديه، إذ لا مجال لتصور الإطلاق فيها كى يتصور التقييد.

(۱) و قد عرفت أن أقواها هو ضمان العامل لمنفعه الأرض فيما إذا كان قد استعملها من المالک بحيث أصبحت تحت سلطانه، أو كان المالک جاهلا بالحال.

(۲) و الذى أظنه- و

اللّه العالم- انه (قده) قد غفل عما أفاده فى غير مورد من عدم استحقاق العامل للأجره عند علمه بفساد العقد.

فان ما أفاده (قده) فى تلك الموارد و ان لم يكن تاما فى نفسه لما عرفته من عدم مدخليه العلم بالفساد فى ارتفاع الضمان لعدم ملازمته للتبرع و قصد المجانيه، إلا انه و على تقدير تماميته انما يختص بما إذا كان صادرا عن أمر الغير- كالإجاره الفاسده و نحوها. و أما إذا لم يكن العمل واقعا عن أمر الغير، فلا وجه لان يقال بان للعامل اجره مثل عمله على الغير فيما إذا كان جاهلا بالحال، فإنه لم يكن قد صدر عن أمره كى يكون ضامنا له.

فالصحيح: هو الحكم بعدم الضمان مطلقا سواء أ كان العامل عالما أم جاهلا.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۳۴

و يستحق المالك عليه أجره الأرض مضافا (۱) إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمه، و لا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه فى محله، لأنه من جهتين، و قد ذكرنا نظير ذلك فى الإجاره أيضا.

---

(۱) و فيه: ان الضمان من جهه الترک لم يكن ضمانا من جهه الحاصل أو عمل العامل فى الأرض، و انما كان ضمانا من جهه تفويته لمنفعه الأرض تمسكا بقاعده اليد أو الإتلاف.

و حيث أن فى المقام لا شى ء وراء الاستيفاء حيث لم يفت من المالك إلا منفعه أرضه- سواء استوفاها العامل بزرع بذره أم لا- فلا وجه للضمان الثانى، فإن من يغصب الدار أو غيرها لا يضمن منفعتها إلا بضمان واحد سواء أسكنها أم لا، و ليس عليه مضافا إلى ذلك على تقدير سكناه فيها اجره المثل لتلك المده.

و من هنا يظهر

ان قياسه (قده) للمقام على الإجاره فيما إذا استأجر العين لاستيفاء منفعه معينه كالدابه للركوب عليها إلى كربلاء- مثلا- فترك ذلك و ركبها إلى الكوفه حيث يضمن المنفعتين معا، قياس مع الفارق.

فان المنفعتين فى باب الإجاره لما كانتا متضادتين وجب ضمانهما معا فإنه يضمن الأجره المسماه بإزاء ملكيته لمنفعه ركوب الدابه إلى كربلاء، و التى فوتها على نفسه بتركه لها اختيارا، كما يضمن منفعه ركوبها إلى الكوفه لاستيفاء منفعه لم يكن يملكها.

و اين هذا من المقام حيث تنحصر الفائده بالتى فوتها العامل على المالك تاره بالاستيفاء و اخرى مع عدمه؟

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۳۵

و على الثانى يكون المالك مخيرا (۱) بين أن يفسخ المعامله لتخلف الشرط، فيأخذ أجره المثل للأرض (۲) و حال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر، و بين أن لا يفسخ و يأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حق شرطه، و بين ان لا يفسخ و لكن لا يسقط حق شرطه أيضا (۳) بل يغرم العامل على بعض الوجوه السته المتقدمه و يكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر.

[(مسأله ۱۰): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقيه أو بئر أو نحو ذلك]

(مسأله ۱۰): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله بعلاج- من حفر ساقيه أو بئر أو نحو ذلك فان كان الزارع عالما بالحال صح و لزم (۴) و ان كان جاهلا كان له خيار الفسخ (۵) و كذا لو كان الماء

---

(۱) لتعليقه التزامه بالعقد على التزام الآخر بالزرع المعين، فمع عدمه ثبت له الخيار.

و قد تقدم الكلام غير مره فى حقيقه الشرط و بيانها.

(۲) حيث يفرض العقد حينئذ كالعدم، و من هنا فيترتب عليه ما ذكر فى فرض التقييد.

(۳) هذا

الاحتمال لا وجه له بالمره، بعد ما عرفت مرارا من ان الاشتراط لا يؤثر إلا فی ثبوت الخيار عند تخلفه، فهو إما ان يفسخ و اما ان يبقی العقد علی حاله.

(۴) لتماميه أركان العقد و انتفاء المانع.

(۵) لانتفاء شرط ضمنی هو إمكان زرع الأرض بلا مؤنه خارجه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۳۶

مستوليا عليها و أمكن قطعه عنها. و أما لو لم يمكن التحصيل فی الصوره الأولی أو القطع فی الثانيه كان باطلا (۱) سواء كان الزارع عالما أو جاهلا (۲) و كذا لو انقطع فی الأثناء و لم يمكن تحصيله أو استولی عليها و لم يمكن قطعه. و ربما يقال بالصحه مع علمه بالحال (۳) و لا وجه له (۴) و إن

عن فعل الزرع، فإنه أمر مفروغ عنه، فبتخلفه يثبت للزارع الخيار إذا كان جاهلا بالحال.

(۱) لما تقدم فی الشرط السابع من اعتبار إمكان الزرع فی صحه المزارعه، إذ بدونه لا معنی للاتفاق علی كون الحاصل بينهما بالنسبه المعينه، فإنه لغو محض.

(۲) و ذلك لان اعتبار إمكان الزرع شرط واقعی فی صحه العقد و من هنا فلا يختلف الحال فيه بين صورتی العلم و الجهل.

(۳) نسب ذلك إلی المحقق و العلامه (قدس سرهما).

(۴) لما عرفت من كون شرطيه إمكان الزراعه، واقعيه لا تتأثر بالعلم و الجهل.

نعم لا يبعد حمل كلاهما (قدس سرهما) علی الصوره الاولی اعنی إمكان إيصال الماء إلی الأرض أو قطعه عنها، فيلتزم فيها بالتفصيل بين علم العامل بالحال فتصح و جهله به فتبطل.

إلا انه يشكل أيضا من جهه ان الجهل انما يقتضی ثبوت الخيار فلا موجب للحكم بالبطلان كما عن الإرشاد.

و الحاصل: ان ما أفاداه (قدس سرهما) لا يمكن المساعده

عليه على كلا التقديرين- عمومه لصوره إمكان تحصيل الماء و عدمها، و اختصاصه

أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص المزارعه بالانتفاع بالزرع (۱). نعم لو استأجر أرضا للزراعه مع علمه بعدم الماء و عدم إمكان تحصيله أمكن الصحه لعدم اختصاص الإجاره بالانتفاع بالزرع، الا ان يكون على وجه التقييد (۲) فيكون باطلا أيضا.

[(مسأله ۱۱): لا فرق فى صحه المزارعه بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما]

(مسأله ۱۱): لا فرق فى صحه المزارعه بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما (۳)

بصوره الإمكان

(۱) على ما تقتضيه حقيقه المزارعه، و يتقوم به مفهومها.

(۲) بان استأجر أرضا للزراعه خاصه، فإنه حينئذ ان أمكن الانتفاع بها فى الزراعه بالعلاج فالتفصيل المتقدم من حيث علم المستأجر بالحال و جهله به، و ان لم يمكن فالحكم بالبطلان رأسا لانكشاف عدم تملك صاحبها للمنفعه التى ملكها بالعقد للمستأجر.

(۳) بلا خلاف فيه و فيما يليه من الأركان بين الأصحاب و يستفاد من ضم بعض النصوص إلى بعضها الآخر.

ففى صحيحه سماعه قال: «سألته عن مزارعه المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العلج، قال: لا بأس به «۱»».

حيث فرض فيها كون البذر و البقر خاصه على المزارع، و مع

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۲ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۱.

....

ذلك حكم (ع) بالصحه.

و حمل هذه المعامله على معامله مستقله عن المزارعه و فى قبالها، فلا تدل على الجواز فيما نحن فيه.

حمل لا موجب له، و لا سيما بعد أخذ عنوان المزارعه فيها صريحا.

و الحاصل: ان المستفاد منها، انه لا يعتبر فى المزارعه كون العمل على المزارع،

فيجوز ان يكون على صاحب الأرض.

و فى صحيحته الأخرى قال: «سألته عن المزارعه، قلت:

الرجل يبذر فى الأرض مأه جريب أو أقل أو أكثر طعاما أو غيره فيأتيه رجل فيقول: خذ منى نصف ثمن هذا البذر الذى زرعته فى الأرض و نصف نفقتك على و أشركنى فيه. قال: لا بأس» «۱».

حيث دلت على جواز كون نصف البذر من مالك الأرض.

و هى و ان كانت وارده فى جواز ذلك بعد الزرع، إلا انها تكفى لإثبات الجواز قبله أيضا، فإنه إذا جاز ذلك بعد الزرع، جاز قبله بطريق أولى.

و يؤيدهما روايه إبراهيم الكرخى قال: «قلت لأبى عبد اللّه (ع):

أشارك العلج «المشرك» فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العلج القيام و السقى «و السعى» و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا، و تكون القسمه فيأخذ السلطان حقه «حظه» و يبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث و لى الباقى، قال: لا بأس بذلك. قلت:

فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر و يقسم ما بقى؟ قال:

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۱۳ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۱.

....

انما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقى و القيام «القيام و السعى» «۱».

و هى و ان كانت صريحه فى كون البذر و البقر على صاحب الأرض الا انها ضعيفه السند بإبراهيم الكرخى حيث لم يرد فيه مدح فضلا عن التوثيق، فلا مجال للاعتماد عليها.

و الحاصل: ان المستفاد من ضم النصوص بعضا إلى بعض، انه لا يعتبر فى مفهوم عقد المزارعه إلا اشتراك الطرفين فى الأركان الأربعه لهذه المعامله فى الجمله من غير اختصاص

لأحدهما بشی ء معین من حیث النوع و الکمیه.

هـذا و لکن المسـتفاد من صـحیحه یعقوب بن شـعیب عن أبی عبـد اللّه (ع) (فی حدیث): قال: (سألته عن المزارعه، فقال: النفقه منـک و الأـرض لصاحبها، فما أخرج اللّه من شـی ء قسم علی الشـطر و کـذلک اعطی رسول الله (ص) خیبر حین أتوه فأعطاهم إیاها علی ان یعمروها و لهم النصف مما أخرجت) «۲».

اعتبار کون النفقه علی العامل، لانه (ع) انما ذکر ذلک فی جواب السؤال عن حقیقه المزارعه فیکون ظاهرا فی الحصر.

و من هنا فتصطدم مع الصحیحتین المتقدمتین.

إلا انه لا بـد من رفع الید عن ظهورها هذا، و حملها علی بیان المزارعه الخارجیه التی صدرت من النبی (ص) لا مطلق العقد، بان یقال ان العقد الذی أوقعه النبی (ص) مع یهود خیبر کان

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه ح ۲.

و لا بد من تعیین ذلک (۱) الا ان یکون هناک معتاد ینصرف إلیه الإطلاق (۲) و کذا لا فرق بین ان یکون الأرض

علی هذا النحو و إلا فمفهوم المزارعه غیر متقوم به، کما یشهد له قوله (ع) فی ذیلها «و کذلک اعطی رسول اللّه (ص) خیبر».

و ذلک لصراحه الصحیحتین المتقدمتین فی عدم اعتباره و جواز کونها علی صاحب الأرض.

هذا مضافا إلی تسالم الأصحاب حیث لم ینقل الخلاف فی جوازه من أحد من الأصحاب مطلقا.

أضف إلی ذلـک کله إطلاقـات أدله المزارعه فإنهـا شامله للمقام حیث ان مفهومها لا یتقوم إلا بالاشتراک فی الزرع و تحصـیل النماء من غیر تخصیص لأحدهما بشی ء و

صاحبه بآخر كما هو الحال فى المزارعات الخارجيه فإنها تختلف باختلاف البلاد و المناطق، فقد يكون المتعارف فى مكان كون البذر على العامل فى حين يكون المتعارف فى مكان آخر هو العكس فيتبع فى كل منطقه ما هو المتعارف فيها عند الإطلاق و إلا فما اتفقا عليه.

و هذا ديدن المزارعين فعلا- و عليه سيرتهم متصلا بزمان المعصوم (عليه السلام)، فيكشف ذلك كله عن عدم تقوم مفهوم المزارعه بكون شى ء بخصوصه على أحدهما بعينه.

إذن: فلا- بد من حمل صحيحه يعقوب على المزارعه الخارجيه التى وقعت بين النبى (ص) و اليهود، بان يقال انها كانت على الوصف المذكور فى الصحيحه و إلا فظاهرها لا يمكن الالتزام به.

(۱) على ما تقدم بيانه فى الشرط العاشر.

(۲) فإن الإيكال اليه و عدم التعيين نوع من التعيين.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۴۱

مختصه بالمزارع أو مشتركه بينه و بين العامل. و كذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل، فيجوز كونه عليهما. و كذا الحال فى سائر المصارف. و بالجمله: هنا أمور أربعه: الأرض و البذر و العمل و العوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه و من الآخر البقيه، و يجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها و من الآخر البقيه، كما يجوز الاشتراك فى الكل فهى على حسب ما يشترطان. و لا يلزم على من عليه البذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته، و كذا بالنسبه إلى العوامل، كما لا يلزم مباشره العامل بنفسه فيجوز له أخذ الأجير على العمل الا مع الشرط.

[(مسأله ۱۲): الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين]

(مسأله ۱۲): الأقوى جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين (۱) بان تكون الأرض من

واحد و البذر من آخر

---

(۱) الكلام فى هذه المسأله يقع فى مقامين.

الأول: فى تعدد العامل أو المالك أو هما معا.

الثانى: فى اشتراكهما مع غيرهما.

أما المقام الأول: فلا ينبغى الإشكال فى صحته، إذ لا يعتبر فى العقد انحصار أطرافه بين اثنين خاصه، فيجوز كون الشى ء الواحد مشتركا بين أكثر من اثنين من حيث ملك العين أو المنفعه أو الانتفاع و هو أمر طبيعى جدا يقع فى الخارج كثيرا.

و من هنا فيحكم بصحه عقد المزارعه عليها حاله فى ذلك حال

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۴۲

....

سائر العقود.

و كيف كان: فالظاهر انه لا خلاف فى صحه الاشتراک فى الأرض و صحه المزارعه على الأرض المشتركه.

و من غير البعيد دعوى كون إعطاء النبى (ص) لأرض خيبر لليهود مزارعه من هذا القبيل، إذ من البعيد جدا دعوى اختصاص كل قطعه منها بشخص بعينه، إذ الأراضى غالبا ما تكون مشتركه بين جماعه بسبب الإرث أو غيره.

بل لا يبعد دعوى كون الغالب فى العامل هو التعدد.

و أما المقام الثانى: فقد ذهب الماتن (قده) و جماعه إلى الجواز و الصحه بدعوى صدق المزارعه عليه و شمول الإطلاقات له.

فى حين اختار صاحب المسالک (قده) و جماعه البطلان لوجهين:

الأول: دعوى لا بديه تركب العقد من طرفين الموجب و القابل خاصه.

و قد أجاب عنه الماتن (قده) بأنه أول الدعوى.

و الأمر كما أفاده (قده) حيث لم يرد دليل على اعتبار ذلك، بل العقد قد يكون بين أكثر من اثنين كما هو الحال فى الشركه.

الثانی: مـا ذکره فی المسالـک من أن العقود توقیفیه فلا بـد من الاقتصار فی الحکم بصـحتها علی ما دل علیه النص، و حیث انه مفقود فی المقام فلا محیص عن الحکم بالبطلان.

و ما

أفاده (قده) فى محله جدا لما عرفت من توقف صحه هذه العقود على الدليل الخاص و عدم إمكان إثباتها بالعمومات، و حيث لم يرد فى شى ء من النصوص الحكم بالصحه فى المزارعه المعقوده بين أكثر من طرفين- الموجب و القابل- فلا بد من الحكم بفساده للقاعده.

نعم بناء على ما اختاره الماتن (قده) من شمول العمومات للمقام

مباني العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۴۳

و العمل من ثالث و العوامل من رابع. بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك، كأن يكون بعض البذر من واحد و بعضه الآخر من آخر، و هكذا بالنسبه إلى العمل و العوامل.

لصدق المزارعه و شمول الإطلاقات، بل يكفى العمومات العامه (۱). فلا وجه لما فى المسالك من تقويه عدم الصحه (۲) بدعوى انها على خلاف الأصل، فتتوقف على التوقيف من الشارع، و لم يثبت عنه ذلك. و دعوى: أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين موجب و قابل، فلا يجوز تركبه من ثلاثه أو أزيد على وجه تكون أركانا له. مدفوعه:

بالمنع، فإنه أول الدعوى.

[(مسأله ۱۳): يجوز للعامل ان يشارک غيره فى مزارعته]

(مسأله ۱۳): يجوز للعامل ان يشارك غيره فى مزارعته (۳)

فلا بأس بالحكم بالصحه هنا.

إلا انك قد عرفت ما فيه، و انها لا تشمل العقود التى تتضمن تمليك المعدوم بالفعل، و لذا لم نعهد فقيها التزم بصحه ذلك فى غير هذه الموارد.

إذن: فالصحيح فى المقام هو ما ذهب اليه الشهيد (قده) فى المسالك، حيث لا إطلاق للأدله الوارده فى المقام يشمل هذا العقد و العمومات قاصره فى نفسها.

(۱) ظهر لك الحال مما تقدم.)

(۲) بل قد عرفت انه هو الصحيح و المتعين فى المقام.)

(۳) و المراد به ان كان نقل ما له من الحصه إلى غيره على نحو

أو يزارعه فی حصته (۱)

ما سيجی ء منه (قده) بعد هذا فهو فی حيز المنع علی ما ستعرف فإنه ليس لأحد نقل الزرع قبل ظهوره و تحققه.

علی انه لا دليل علی ملكيه العامل لشی ء قبل ظهور الحاصل، فإنه إنما يملك الحصه المعينه له منها، فلا شی ء له قبل ظهور الزرع.

نعم فيما لو كان البذر له، لم يجر هذا الاشكال بخصوصه.

و ان كان المراد به هی المزارعه فی حصته فهو عين الشق الثانی فی كلامه (قده) و ليس قسيما له.

إذن: فالصحيح انه ليس فی المقام إلا قسم واحد هو مزارعه العامل لغيره فی حصته.

(۱) بلا خلاف فيه، بل كاد ان يكون إجماعا، و ذلك لما عرفته منا من أن عقد المزارعه يجعل لكل من الطرفين حقا فی إلزام صاحبه بما عليه فللعامل إلزام المالك بتسليم الأرض و للمالك إلزام العامل بالعمل، و لذا صح ان يقوم ورثتهما مقامهما عند موتهما من دون حق الاعتراض للطرف الآخر فليس لورثه المالك منع العامل عن العمل عند انتقالها إليهم، لأنها انما انتقلت إليهم بهذا الوصف، اعنی ثبوت حق التصرف له فيها.

و من هنا: فإذا كان هذا الحق قابلا للانتقال بالإرث كان قابلا للانتقال بالمعامله أيضا.

علی أن أدله المزارعه غير قاصره الشمول لمثلها، فإنك قد عرفت فی المسأله الأولی من هذه المسائل، انه لا يعتبر فی صحه المزارعه مالكيه المزارع للأرض، بل يكفی كونه مالكا للتصرف فيها، و حيث انه متحقق فی المقام فان المزارع يملك هذا الحق و له الولايه علی ذلك، فله ان يزارع غيره فيجعله فی مقامه من غير توقف علی اعتبار

من غير فرق بين

أن يكون البـذر منه أو من المالك (١) و لاـ يشترط فيه إذنه نعم لاـ يجوز تسـليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بأذنه (٢) و الا كان ضامنا، كما هو كـذلك فى الإجاره أيضا. و الظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير (٣) بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك بصلح و نحوه بعوض

ملكيته للمنفعه.

(١) فان للمزارع- العامل- حق التصرف فى هذا البذر مطلقا بالمباشره أو بغيرها.

و لاـ يختص ذلـك بصوره الإطلاـق بل له ذلك حتى مع اشتراط المباشـره عليه، لعـدم المنافاه بين اشتراط المباشـره عليه و كون المزارعه لغيره فينقـل حصـته الى الغير بحيث يصـبح ذلـك الغير هو المزارع لكنه يبقى هو العامـل فى الأـرض و البـذر مجانـا أو بعوض يتقاضاه من المشترى.

(٢) تقـدم الكلاـم فى ذلـك فى كتاب الإجاره، و قـد عرفت انه لا وجه له، فان يـد العامل على الأرض يـد أمانه، فلا تضـمن إذا سلمها إلى أمين مثله إذ الاستئمان لا يقتضـى بوجه مباشـره الأمين للسـلطنه على المال و وضع اليد عليه فان تسليمه إلى أمين مثله يعد من شئون الأمانه و من أنحاء المحافظه على المال.

و بعبـاره اخرى: ان تسـليم الأرض إلى العامل الثانى الأمين لا يعـد تعـديا أو تفريطا فى مال الغير بعـد فرض كون المزارعه مطلقه من حيث المباشره و التسبيب و عليه: فلا مجال للحكم بالضمان فى فرض التلف.

(٣) لما تقدم من ملكيه العامل لحق التصرف فى الأرض و ولايته على ذلك، فيكون له نقله إلى الغير و جعله فى مقامه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣۴۶

و لو من خارج أو بلا عوض، كما يجوز نقل حصته إلى الغير (١) سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كل

ذلک لان عقد المزارعه من العقود اللازمه الموجبه لنقل منفعه الأرض نصفا أو ثلثا أو نحوهما إلى العامل (٢) فله نقلها إلى الغیر بمقتضی قاعده السلطنه، و لا فرق فیما ذکرنا بین أن یکون المالک شرط علیه مباشره العمل بنفسه أو لا إذ لا منافاه بین صحه المذکورات و بین مباشرته للعمل، إذ لا یلزم فی صحه المزارعه مباشره العمل فیصح ان یشارک أو یزارع غیره و یکون هو المباشر دون ذلک الغیر.

---

(١) فتکون نتیجته نتیجه المزارعه، حیث یکون المزارع الثانی شریکا للمالک فی الحاصل بالنسبه المجعوله للعامل الأول.

لکن الظاهر عدم جوازه فیما إذا کان النقل قبل ظهور الحاصل، إذ لا یجوز نقل الزرع أو الثمر قبل ظهورهما، علی ما یذکر مفصلا فی کتاب البیع.

نعم یجوز ذلک فی موردین:

الأول: بیع الثمر لأکثر من سنه.

و الثانی: بیعه مع الضمیمه علی تفصیل یذکر فی محله.

(٢) قد عرفت غیر مره ان المزارعه لا تتضمن تملیک العامل منفعه الأرض، کما لا یتضمن تملیک المالک حصه عمل العامل، و انما هی عقد لا تتضمن إلا تبرع کل من الطرفین بما علیه فی قبال الحصه المعینه من الحاصل ان تحقق.

مبانی العروه الوثقی، ج ١، ص: ٣٤٧

[(مسأله ١۴): إذا تبین بطلان العقد]

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مبانی العروه الوثقی، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ١۴٠٩ ه ق

مبانی العروه الوثقی؛ ج ١، ص: ٣٤٧

(مسأله ١۴): إذا تبین بطلان العقد، فاما ان یکون قبل الشروع فی العمل، أو بعده و قبل الزرع بمعنی نثر الحب فی الأرض أو بعده و قبل حصول الحاصل، أو بعده فان کان قبل الشروع فلا بحث و لا اشکال (١) و ان کان بعده و قبل

الزرع بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر و كرى الأرض و شراء الآلات و نحو ذلك، فكذلك (٢)

و من هنا، فما ذكره (قده) لا يمكن المساعده عليه. و الصحيح في توجيه الحكم هو ما أشرنا إليه سابقا من تضمن العقد حقا للعامل قابلا للنقل يجعل له نوعا من التوليه و السلطنه في التصرف و إلزام المالك بتسليم أرضه له، فإذا قام العامل بنقل هذا الحق إلى غيره، حكمنا بصحته لكونه تصرفا فيما هو ملك له.

(١) إذا لم يفت من أحد شي ء و لم يرد ضرر على أحدهما بسببه.

(٢) فيه اشكال بل منع، و الأقوى ثبوت اجره مثل عمله له على المالك، لقاعده احترام عمل المسلم، فإنه و بعد صدوره عن أمر الغير- بتبع أمره بأصل العمل- لا بقصد التبرع مجانيه، لا يذهب هدرا سواء استفاده المالك من العمل أم لا.

و بعباره أخرى: لا تأثير لاستفاده المالك و عدمها في ضمانه للعمل الصادر من غيره عن أمره لا بقصد المجانيه، فإن الأمر مع هذا القصد موجب للضمان على كلا التقديرين.

هذا كله فيما إذا كان البذر للمالك، فإنه و حيث كان عمل العامل في ماله صادرا عن إذنه لا مجانا و قد تبين فساد العقد، يثبت عليه الضمان بأجره المثل كما هو الحال في سائر العقود الفاسده.

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٨

نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض من جهه كريها أو حفر النهر لها أو ازاله الموانع عنها كان للعامل قيمه ذلك الوصف (١) و ان لم يكن كذلك و كان العمل

و أما إذا كان البذر للعامل فحيث ان المالك لم يلتزم له على نفسه بشي ء مطلقا عدا تسليمه للأرض و تسليطه عليها، بل

العامل هو الـذى قد التزم للمالك بالحصه المعينه من ماله- الناتج- بإزاء زرعه فى أرضه فلا وجه لضـمانه لشـى ء، فإن العمل لم يصدر عن أمره بإزاء شى ء و الالتزام بحصه من ماله.

(١) و فيه: ان الأوصـاف- على مـا ذكرنـاه مفصـلا فى المكاسب- لا تقابل بالقيمه مطلقا و لا اسـتقلاليه لها فى الماليه فليست هى مالا فى قبال ماليه الموصوف، و انما الماليه لنفس الموصوف بلحاظ وجود الوصف و عدمه.

و عليه: فليس الحـال فى الأوصـاف هو الحال فى المنافع حيث تعتبر أموالا فى قبال ماليه العين تبـذل بإزائها المال مسـتقلا، و انما هى أمور تؤثر فى زياده قيمه الموصوف و نقصانها من دون أن تقابل هى بشى ء منها.

و من هنـا: فليس الوصف مملوكـا للعامـل كى يصـح رجوعه على المالـك بقيمته، فـإنه- و على ضوء ما بيناه- لم يأت إلا بعمل يوجب زياده قيمه مال المالك، و من دون أن يكون له شى ء منه.

نعم حيث يكون عمله صـادرا عن أمره لاـ بقصـد المجانيه فلا يـذهب هـدرا، فيسـتحق عليه اجره مثله ساوت الزياده الحاصـله فى الأرض بسبب العمل أم زادت عليها أم نقصت.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٤٩

لغوا فلا شى ء له (١) كما ان الآلات لمن اعطى ثمنها، و ان كان بعـد الزرع كان الزرع لصاحب البذر (٢) فان كان للمالك كان الزرع له و عليه للعامـل أجره عمله و عوامله و ان كـان للعامـل كـان له، و عليه أجره الأـرض للمالك، و ان كان منهما كان لهما على النسـبه نصـفا أو ثلثـا و لكـل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من تلك النسـبه و ان كان من ثالث (٣) فالزرع له و عليه للمالك أجره

الأرض و للعامل أجره عمله و عوامله. و لا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل (۴) ان كان التبين قبله، بل له أن يأمر بقلعه و له أن يبقى بالأجره إذا رضى صاحبه، و إلا فليس له إلزامه بدفع الأجره. هذا كله مع الجهل بالبطلان، و أما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله لانه هو الهاتك لانه لحرمه ماله أو عمله فكأنه متبرع به (۵) و إن كان الآخر أيضا عالما بالبطلان.

---

(۱) و قد عرفت الاشكال فيه.

(۲) على ما تقتضيه القاعده فإن النماء تابع للبذر.

(۳) بناء على ما ذهب إليه فى المسأله الثانيه عشره من جواز عقد المزارعه بين أكثر من اثنين.

(۴) على ما تقدم بيانه مفصلا فى المسأله السادسه فراجع.

(۵) تقدم مرارا انه لا اثر للعلم بالفساد و الجهل به فى استحقاق اجره المثل، لانه لا يلزم هتك حرمه المال أو العمل و التبرع به، بل العامل مقدم على العمل بإزاء العوض لا مجانا و ان علم ان الشارع لم

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۵۰

و لو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها فى يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعامله لفوات منفعتها تحت يده (۱) إلا فى صوره علم المالك بالبطلان لما مر (۲).

[(مسأله ۱۵): الظاهر من مقتضى وضع المزارعه ملكيه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له]

(مسأله ۱۵): الظاهر (۳) من مقتضى وضع المزارعه ملكيه العامل لمنفعه الأرض بمقدار الحصه المقرره له، و ملكيه المالك للعمل على العامل بمقدار حصته و اشتراك البذر بينهما على النسبه، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث، فإذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبه، لا ان يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل،

فيصير الحاصل مشتركا من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل و إدراكه فيصير مشتركا فى ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على احد هذين الوجهين مع التصريح و الاشتراط به من حين العقد، و يترتب على هذه الوجوه ثمرات:- (منها): كون التبن أيضا مشتركا

يمضه، فعلمه بذلك شى ء و كون إقدامه بإزاء العوض شى ء آخر.

(١) على تفصيل مرّ فى المسأله السابعه فراجع.

(٢) و قد عرفت الحال فيه.

(٣) قد عرفت فيما تقدم مرارا ان عقد المزارعه لا يقتضى إلا

بينهما على النسبه على الأول، دون الأخيرين (١) فإنه لصاحب البذر. (و منها): فى مسأله الزكاه (٢)، (و منها): فى

بذل كل من الطرفين ما عليه مجانا فى قبال الاشتراك فى الناتج، فليس المالك يملك شيئا من منفعه الأرض للعامل، و لا العامل يملك شيئا من عمله للمالك، بل المالك يبذل أرضه مجانا كما يعمل العامل فيها كذلك ليشتركا فى الحاصل و يكون بينهما على النسبه التى اتفقا عليها، على ما يساعد عليه الفهم العرفى و يفهمه المزارعون من المزارعه.

نعم من غير البعيد دعوى مساعده الارتكاز العرفى على اشتراك الطرفين من أول خروج الزرع و ان لم يدرك، فإنه و عندئذ يرى كل منهما أنه مالك لبعضه و شريك لصاحبه فيه.

هذا و يمكن التمسك فى إثبات المدعى بإطلاقات النصوص فان عنوان ما أخرجته الأرض صادق على الزرع بمجرد خروجه.

ثم ان هذا كله بالقياس إلى صوره إطلاق العقد و عدم التصريح بنحو معين، و أما معه فلا ريب فى إمكان الصور الثلاث جميعا، نظرا لإطلاقات أدله المزارعه حيث

لم يؤخذ فی شی ء منها کون الشرکه بینهما من زمان معین- من حین نثر البذر أو خروج الزرع أو إدراکه- فیکون الأمر بید الطرفین یتفقان علیه کیفما شاءا، فلهما تحدید ذلک بالنثر بحیث یکون البذر مشترکا بینهما کما ان لهما التحدید بخروج الزرع أو بلوغه، حیث یصدق علی الجمیع عنوان المزارعه.

(۱) لأنه یکون قبل ظهور الحاصل و لا اشتراک علی الأخیرین حینئذ فیختص به مالک البذر.

(۲) فإنها علی الأولین لا تجب علی کل منهما إذا لم یبلغ نصیب

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۵۲

مسأله الانفساخ أو الفسخ فی الأثناء قبل ظهور الحاصل (۱) (و منها): فی مسأله مشارکه الزارع مع غیره (۲) و مزارعته معه (۳)، و منها فی مسأله ترک الزرع الی

کل منهما النصاب و ان بلغ المجموع ذلک فان الحاصل لم یدرک بأکمله علی ملک أحدهما خاصه و انما أدرک علی ملکهما معا، فلم یحصل شرط الزکاه أعنی بلوغ النصاب و إدراکه علی ملک واحد.

و هذا بخلاف الالتزام بالوجه الثالث حیث تجب علی مالک البذر إذا بلغ المجموع النصاب، إذ الحاصل و عند الإدراک و صدق عنوان الحنطه أو الشعیر أو غیرهما علیه، ملک له لوحده و قد بلغ النصاب فتجب علیه دون صاحبه.

و سیأتی التعرض لهذا الفرع ثانیا فی المسأله الحادیه و العشرین.

(۱) حیث یکون العامل شریکا فیه علی الأولین، دون الأخیر حیث یختص به صاحب البذر و لا شی ء للآخر.

و سیأتی التعرض إلیه فی المسأله السابعه عشره، و ستعرف عدم تمامیه هذه الثمره.

(۲) فعلی الأول یکون للعامل اشراک غیره فی حصته و نقل مقدار منها الیه بصلح أو بغیره، و علی الأخیرین فلا یجوز لاختصاص مالک البذر به قبل ظهور

الحاصل أو بلوغه، فلا شی ء للعامل عندئذ کی ینقله إلی شریکه.

إلا إنک قد عرفت فی المسأله الثالثه عشره انه لا یجوز نقل الزرع مطلقا إلا فی موردین تقدم ذکرهما.

(۳) لم یظهر وجه الثمره فی المقام، فان مزارعته مع الغیر

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۵۳

انقضت المده (۱) إلی غیر ذلک.

[(مسأله ۱۶): إذا حصل ما یوجب الانفساخ فی الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه]

(مسأله ۱۶): إذا حصل ما یوجب الانفساخ فی الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه کما إذا انقطع الماء عنه و لم یمکن تحصیله، أو استولی علیه و لم یمکن قطعه أو حصل مانع

لا تتوقف علی کون العامل مالکا للأرض أو البذر- کما عرفت- فان عقد المزارعه یحدث للعامل حقا فی التصرف فی الأرض بالزرع سواء أ کان البذر منه أم من المالک علی أن یکون الحاصل مشترکا بینهما بالنسبه، و بذلک فله نقله الی الغیر- علی ما تقدم وجهه- علی جمیع التقادیر.

و الحاصل: انه لا فرق فی جواز نقله لحقه فی مزارعه الأرض بین الالتزام بکون مشارکته لمالک الأرض من حیث نثر البذر أو ظهور الحاصل أو بلوغه و إدراکه، فإنه و علی جمیع هذه التقادیر یجوز له ذلک.

و من هنا: فلم یظهر وجه جعل الماتن- قدس سره- لهذا الفرد من مصادیق ثمرات هذه الأقوال.

(۱) فإنه علی الأول یکون العامل شریکا لصاحب البذر فیه بناء علی ما اختاره (قده) من اقتضاء عقد المزارعه تملیک کل منهما الحصه مما علیه للآخر، فان العامل یکون شریکا للمالک فی البذر بأصل العقد فیبقی کذلک رغم ترکه للعمل فی الأرض، بخلاف الأخیرین حیث لا تکون الشرکه إلا بعد ظهور الحاصل أو إدراکه، إذ یختص به صاحب البذر قبل ذلک.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۵۴

آخر عام، فالظاهر لحوق

حكم تبين البطلان من الأول (١) لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحه كانت ظاهريه فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر (٢) و يحتمل بعيدا كون الانفساخ من حينه فيلحقه حكم الفسخ فى الأثناء على ما يأتى فيكون مشتركا بينهما على النسبه (٣).

[(مسأله ١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط و حصل الفسخ فى الأثناء]

(مسأله ١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط و حصل الفسخ فى الأثناء إما بالتقايل أو بخيار الشرط لأحدهما أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما، فعلى ما ذكرنا من مقتضى المزارعه- و هو الوجه الأول من الوجوه المتقدمه- فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبه (۴)

---

(١) لتقوم حقيقه عقد المزارعه بالاشتراك فى الحاصل، و حيث انه متوقف على قابليه الأرض له و إمكان حصوله، يكون العقد عند انكشاف عدم قابليتها له من المعاقده على أمر ممتنع التحقق فى الخارج فيحكم بفساده لا محاله.

(٢) لقانون تبعيه النماء للبذر.

(٣) و ستعرف فى المسأله الآتيه انه لا وجه لاشتراكهما فى الزرع حتى بناء على القول بالانفساخ من حينه.

(۴) و فيه: ان تأثير الفسخ و ان كان من حينه، إلا ان معناه لما كان رفع العقد و فرضه كأن لم يقع بالمره، كان مقتضاه إرجاع كل من الطرفين ما وصله من صاحبه اليه عينا أو بدلا، و حيث كان المختار فى مبدأ الاشتراك هو حين خروج الزرع كان مقتضى الفسخ

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣۵۵

....

رجوع هذه الحصه التى ملكها مالك البذر إياه إليه كما يقتضيه فرض العقد كأن لم يكن، فان فرضه كذلك يعنى كون الزرع بأكمله لمالك البذر بقانون التبعيه.

نعم بناء على ما اختاره الماتن (قده) من كون مبدأ الاشتراك هو البذر، يتم ما أفاده (قده) من الاشتراك فى الزرع، فان مالك

البـذر انما ملك صاحبه الحصه منه و لم يملكه الزرع و إنما هو قـد حصل فى ملكه، و من هنا فإذا انفسخ العقد لم يكن لصاحب البـذر المطالبه بالزرع الموجود بتمامه فإن حصه صاحبه منه لم يكن هو قـد ملكها إياه كى يستردها بالفسـخ. و انما الواجب على صـاحبه رد البـذر اليه و حيث انه ممتنع بعينه لتلفه نتيجه للزرع تعين عليه رده بمثله ان كـان مثليـا و قيمته ان كـان قيمـيا، و لا ـ اثر للفسخ حينئذ فى كون الزرع لأحدهما خاصه، فإنه- و على هذا التقدير- لهما سواء أ كان هناك فسخ أم لم يكن، فان الاشتراك فى الزرع ثابت و على كلا التقديرين الفسخ و عدمه و حينئذ فيجرى ما ذكره (قده) تفريعا على ذلك من أحكام.

و الحاصـل: ان ما ذكره (قـده) انما يتم بناء على ما ملكه من إيجاب عقـد المزارعه كون البـذر مشتركا بين الطرفين بمعنى ملكيه الطرف الآخر للحصه منه أيضا، فإنه حينئذ يكون الزرع مشتركا بينهما سواء أحصل الفسخ أم لم يحصل.

و كـان عليه (قـده) ان ينبه على رجوع البـذر بتمـامه بالفسـخ إلى مالكه، حيث انه يوجب فرض العقـد كأن لم يكن، فيجب على آخذه إرجاعه اليه، إلا انه لما لم يكن يمكن إرجاعه بعينه لتلفه تعين رده بالمثل أو القيمه، كما هو الحال فى سائر موارد الفسخ.

و بعباره اخرى: ان حصه الطرف الثانى من الزرع لا ترجع

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۵۶

و ليس لصاحب الأرض على العامل أجره أرضه (۱) و لا للعامل أجره عمله بالنسبه إلى ما مضى، لأن المفروض صحه المعامله و بقاؤها إلى حين الفسخ. و أما بالنسبه إلى الآتى فلهما التراضى على

البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، و لهما التراضى على القطع قصيلا، و ليس للمزارع الإبقاء

بالفسخ إلى مالك البذر فإنه لم يملكه إياه، و انما أعطاه البذر خاصه و ملك الطرف الثانى الزرع بقانون تبعيه النماء للبذر، و عليه فإذا حصل الفسخ لم يجب على الطرف الآخر إلا إرجاع ما أخذه من البذر و حيث انه ممتنع بعينه ينتقل الأمر إلى البدل.

نعم بناء على ما ذكرناه من كون مبدء الاشتراك بينهما هو خروج الزرع، فلا يمكن المساعده على ما أفاده (قده) لما عرفت من ان المنقول من صاحب البذر إلى صاحبه انما هو الزرع و هو قابل للرجوع اليه بالفسخ.

و هذه ثمره واضحه بين المسلكين.

(١) فيه منع واضح يظهر وجهه مما تقدم، فإنه لما كان الفسخ موجبا لرجوع كل مال إلى صاحبه و كأن العقد لم يكن، كانت منافع الأرض للمالك لا محاله و حيث ان العامل قد استوفاها بزرع بذره فيها- على تقدير كون البذر منه- فعليه ضمانها بأجره المثل.

نعم لو كان البذر للمالك لم يكن على العامل شى ء من جهه الأرض، إلا انه لما لم يكن أقدم على العمل مجانا و انما أقدم عليه ليكون بإزاء ذلك الحصه المعينه من الحاصل، و كان عمله صادرا عن أمر المالك، و قد استوفى منافعه، فعليه- المالك- ان يرجع

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٥٧

إلى البلوغ بدون رضى المالك (١) و لو بدفع أجره الأرض و لا- مطالبه الأرش إذا أمره المالك بالقلع (٢) و للمالك مطالبه القسمه و إبقاء حصته فى أرضه إلى حين البلوغ و أمر الزارع بقطع حصته قصيلا (٣).

هذا و أما على الوجهين الأخيرين فالزرع الموجود لصاحب البذر (۴) و

الظاهر عدم ثبوت شی ء علیه من اجره الأرض أو العمل (۵)، لان المفروض صحه المعامله إلی هذا الحین و ان لم یحصل للمالک أو العامل شی ء من الحاصل، فهو کما

الیه- العامل- ما یعادل بدل عمله أعنی أجره مثله فی تلک المده.

و الحاصل: ان تأثیر الفسخ و ان کان من حینه، الا أن مدلوله انما هو فرض العقد کأن لم یکن، و علیه فیرجع کل شی ء إلی صاحبه.

لکن هذا لا یعنی ذهاب حق الطرف الثانی هدرا، فان البذر ان کان للمالک أخذ تمام الزرع و ضمن للعامل أجره مثل عمله، لأنه قد استوفاه بأمر منه لا مجانا و ان کان من العامل ضمن للمالک أجره أرضه.

(۱) و قد ظهر الوجه فیه فی المسأله السادسه فراجع.

(۲) لأنه قلع بحق.

(۳) ظهر الحال فیما تقدم.

(۴) حالهما فی ذلک حال الوجه الأول لعین ما مر فان الفسخ یوجب ارتفاع العقد و فرضه کأن لم یکن و من هنا فیعود کل شی ء إلی محله الأول.

(۵) و قد عرفت ما فیه فلا نعید.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۵۸

لو بقی الزرع إلی الآخر و لم یحصل حاصل من جهه آفه سماویه أو أرضیه (۱). و یحتمل ثبوت الأجره علیه إذا کان هو الفاسخ (۲).

(فذلکه): قد تبین مما ذکرنا فی طی المسائل المذکوره ان ههنا صورا:- الأولی: وقوع العقد صحیحا جامعا للشرائط و العمل علی طبقه إلی الآخر، حصل الحاصل أم لم یحصل لآفه سماویه أو أرضیه (۳).

---

(۱) قیاس ما نحن فیه بصوره عدم حصول شی ء نتیجه لآفه سماویه أو أرضیه قیاس مع الفارق، فان کلا من المتعاقدین لم یلتزم لصاحبه فی العقد بشی ء زائدا علی الاشتراک فی الحاصل ان کان، و من

هنا فليس لأحدهما مطالبه صاحبه بشى ء عند انتهاء أمر الزرع و عدم تحقق شى ء نتيجه لآفه سماويه أو أرضيه، على ما يستفاد ذلك من النصوص الوارده فى المقام مضافا إلى الاتفاق، فان المستفاد منها قسمه ما يخرج من الأرض بينهما خاصه، و من دون أن يكون لأحدهما على الآخر شى ء على تقدير العدم، و اين هذا من الفسخ بالاختيار و فرض العقد كأن لم يكن.

(۲) لاستيفاء المنفعه العائده إلى غيره إما بالزرع فى أرضه أو عمل الغير له، فيضمنه لا محاله.

(۳) و قد ظهر حكمها مما تقدم فى صور الكتاب من ان عقد المزارعه عقد لازم يوجب اشتراک العامل و صاحب الأرض فى الحاصل- ان كان- و الا فلا شى ء لأحدهما على الآخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۵۹

الثانيه: وقوعه صحيحا مع ترک الزارع للعمل إلى أن انقضت المده (۱)، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلا.

الثالثه: تركه العمل فى الأثناء بعد أن زرع اختيارا أو لعذر خاص به (۲).

---

(۱) و قد تقدم حكمها فى المسأله السابعه و التاسعه فراجع.

(۲) لم يظهر حكم هذه الصوره مما تقدم منه (قده) فإنه- رحمه اللّه- لم يتعرض إليها فيما تقدم.

و دعوى: كون حكمها حكم ما لو ترک العامل العمل بالمره.

مما لا وجه لها، فإن الأمر ليس كذلک، و المسألتان مختلفتان.

و كيف كان: فالحكم فى هذه الصوره هو ثبوت الخيار للمالک بين إجبار العامل على إتمام العمل، لما عرفت من اقتضاء عقد المزارعه جواز إلزام كل منهما للآخر بأداء ما عليه، و لو بالرجوع إلى الحاكم الشرعى و إلا فالعدول من المؤمنين و إلا فبنفسه.

و بين فسخه للعقد، و حينئذ فإن كان البذر للعامل، كان

للمالک مطالبته بأجره الأرض للفتره الماضيه، و يأمره بالقلع بلا ضمان أو إبقاءه مجانا أو بأجره مع التراضی بالنسبه إلی الآتی.

و ان کان للمالک، رجع بتمامه اليه، و فی مثله لا يبعد الالتزام بعدم وجوب شی ء عليه للعامل، فيقال بذهاب عمله هدرا، لأنه الذی فوته علی نفسه بترک الإکمال.

و الوجه فيه: ان الضمان فی هذه الموارد انما کان بملاک صدور العمل عن أمر الغير لا مجانا و ان هذا الملاک غير متوفر فيما نحن فيه فان عمل العامل هذا لم يصدر عن أمر صاحب البذر. فإنه إنما

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۶۰

الرابعه: تبين البطلان من الأول (۱).

الخامسه: حصول الانفساخ فی الأثناء، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامه (۲).

السادسه: حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار فی الأثناء (۳). و قد ظهر حکم الجميع فی طی المسائل المذکوره کما لا يخفی.

[(مسأله ۱۸): إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض کانت مغصوبه]

(مسأله ۱۸): إذا تبين بعد عقد المزارعه أن الأرض کانت مغصوبه فمالکها مخير بين الإجازه فتکون الحصه له سواء کان بعد المده أو قبلها فی الأثناء أو قبل الشروع فی الزرع بشرط ان لا يکون هناک قيد أو شرط لم يکن معه محل للإجازه (۴)، و بين الرد، و حينئذ فإن کان

أمره بالعمل مستمرا إلی الآخر، و اما العمل الناقص فلم يکن مأمورا به من قبله فلاحظ.

و سيأتی مزيد توضيح لذلک عند التعرض لنظير هذه المسأله فی المساقاه.

(۱) و قد عرفت حکمها فی المسأله الرابعه عشره.

(۲) و قد تقدم حکمها فی المسأله السادسه عشره.

(۳) و قد عرفت حکمها فی المسأله السابعه عشره.

(۴) کما لو غصبت المرأه أرضا و زارعت رجلا اشترط عليها فی ضمن العقد التزوج منه، أو غصب الطبيب أرضا و زارع غيره

و اشترط عليه مباشرته لعلاج مريض، إلى غير ذلک من الشروط،

قبل الشروع فی الزرع فلا اشکال (۱)، و ان کان بعد التمام فله اجره المثل لذلک الزرع (۲) و هو لصاحب البذر. و کذا

التی لا یبقی معها مجال لإجازه المالک و من ثم لا یمکن الحکم بالصحه لأنها مع الإجازه اما ان تکون مع الشرط أو لا معه.

و الأول ممتنع لفرض عدم قابلیته للإجازه، و الثانی لا مجال للمصیر إلیه لأن العقد انما أنشأ مقیدا به فلا یمکن تصحیحه من دونه، فان المطلق لم ینشأ.

و الحاصل: ان هناک من الشروط ما لا یمکن الوفاء به بالقیاس إلی المالک الحقیقی، و حینئذ فلا محیص عن الحکم بالبطلان و عدم قابلیه العقد للحوق الإجازه.

(۱) فإنه یحکم ببطلان العقد و لا شی ء لأحدهما علی الآخر، لعدم تحقق ما یوجبه.

(۲) و تفصیل الکلام فی المقام:

ان الأرض قد یفرض کونها بید الغاصب و تحت سلطنته، بحیث یکون هو الآمر لغیره بزرعها، و قد یفرض کونها بید غیره جهلا بالحکم أو مع العلم بالحال فیکون هو المزارع لغیره دون الغاصب.

و علی التقدیرین فقد یکون البذر من العامل و قد یکون من الآمر.

أما إذا کانت الأرض بید الغاصب و تحت سلطانه، کان للمالک تضمین کل من الآمر و العامل، لتعاقب یدیهما علی ملکه، فله الرجوع علی أیهما شاء.

ثم لو کان البذر للعامل کان النتاج- بعد الحکم بفساد العقد- بتمامه له لقانون تبعیه النماء للبذر، و حینئذ فلو رجع علیه المالک

....

بأجره الأرض لم یکن له الرجوع علی الغاصب الآمر بها، و ان کان هو ضامنا أیضا و للمالک الرجوع علیه

مباشره.

و ذلك: لان العامل لم يقدم على أخذ الأرض من صاحبه مجانا و من دون الضمان، و انما أقدم عليه بإزاء إعطاء الحصه المعينه من النماء له، و حيث انها لم تسلم له لحكم الشارع بفساد العقد، و نظرا لاستيفاء العامل المنفعه، يلزم بدفع اجره المثل.

و من هنا يظهر حكم ما لو رجع المالك على الغاصب فباشره و ألزمه بدفع اجره المثل عن أرضه، فإن له الرجوع على العامل و أخذها منه، لاستقرار الضمان عليه، نظرا لاستيفاءه منفعه الأرض بعد الإقدام على أخذها مع الضمان.

و ان كان البذر للغاصب فالأمر كذلك أيضا فإن النماء لصاحب البذر بقانون التبعيه و المالك مخير فى الرجوع بعوض منافع أرضه أجره مثلها بين الرجوع عليه أو الرجوع على العامل على ما يقتضيه قانون تعاقب الأيدى على المال المغصوب.

و من هنا: فان رجع على الآمر لم يكن له الرجوع على العامل فان الضمان مستقر عليه، لأنه إنما سلمها اليه على ان لا يكون عليه شى ء فهو قد أقدم على أخذها مجانا و بإزاء لا شى ء عليه، بل على ان يكون له النصيب المعين من النماء.

فهو- العامل- لم يتعهد للمالك بشى ء كى يقال بضمانه لإقدامه على أخذها لا مجانا، بل الأمر بالعكس من ذلك تماما فإنه إنما أقدم على ان يكون له شى ء من مال صاحب البذر- الحصه من النماء.

و من هنا يظهر ان للعامل الرجوع على صاحب البذر و مطالبته بأجره عمله، لأنه قد صدر عن أمره لا مجانا، حيث كانت بإزاءه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۶۳

....

الحصه من الزرع، فإذا لم تسلم له نتيجه للفساد، تعين دفع اجره مثل العمل له.

و الحاصل: ان استقرار الضمان انما يكون على

الـذى سـلم الأرض إلى صاحبه بعنوان المجانيه، حيث ذكرنا فى مبحث تعاقب الأيـدى ان الـذى يخسـر نتيجه لأخـذ المالك منه البدل، يملك المال التالف ببناء العقلاء، و لذا يكون له الرجوع على الذى بعده إلى ان يستقر على الذى استوفاه و تلف عنده، ما لم يكن قد سلمه إليه بعنوان المجانيه فإنه حينئذ لا حق له فى الرجوع عليه.

ثم ان ممـا ذكرنـاه يظهر حكم مـا لو رجع المالـك على العامل مباشـره فإن له الرجوع على الغاصب- صاحب البـذر- بأجره مثل عمله مضافا إلى ما غرمه للمالك.

هذا كله فيما إذا كانت الأرض بيد الغاصب و تحت سلطانه، و إلا كما لو كان المزارع قد استلمها من غيره، فليس للعامل الرجوع عليه فيمـا إذا كـان البـذر له- العامل- بما غرمه للمالك من اجره الأرض، ما لم يكن مغرورا من قبله إجماعا، فإن الأرض لم تقع تحت يـده كى يلزمه ضـمانها بأجره مثلها، و أما إذا كان مغرورا من قبله فقـد قيل بان له الحق فى الرجوع عليه لقاعده الغرور، إلا أنك ستعرف قريبا انه لا أساس لهذه القاعده يعتمد عليه.

ثم إن هذا كله من جهه ضمان الأرض و البذر، و اما ضمان العمل فلم يتعرض له الماتن (قده).

و الحق فيه ان يقـال:- أمـا إذا كان البـذر للعامل فلا يضـمن له أحـد بإزاء عمله شـيئا، لأنه انما كان لنفسه و مجانا و قـد اسـتوفى منافعه أيضا حيث كان النتاج له،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۶۴

إذا كان فى الأثناء (۱) و يكون بالنسبه إلى بقيه المده الأمر

و من هنا فلا معنى لان يرجع به على غيره.

و ان كان البذر للآمر، فلا يذهب عمل العامل فيه هدرا، لانه عمل

مسلم محترم صدر عن أمر الغير بإزاء الحصه المعينه من الحاصل فلم يكن مجانيا و قد استوفاه الآمر، فلا بد من ضمانه.

الا أن مقدار الضمان يختلف باختلاف الفرض.

فقد يفرض انه ليس للعامل إلا العمل المجرد، بان يكون المالك قد رجع عليه بأجره مثلها أو يكون قد رجع على العامل لكنه قد رجع عليه و أخذها منه.

و حينئذ فلا يكون له إلا قيمه العمل المجرد فقط، يرجع بها على الآمر الذى استوفى المنافع بأكملها بما فى ذلك الحصه المجعوله للعامل نظرا لفساد العقد.

و قد يفرض ان للعامل العمل فى الأرض المضمونه عليه، بان يكون المورد من الموارد التى لا يكون له حق الرجوع بأجره مثل الأرض التى غرمها للمالك على الآمر، نظرا لعدم كونها تحت يده.

و حينئذ فله الرجوع على الآمر بقيمه العمل الواقع فى أرض مضمونه عليه و تكون مسئوليتها عليه.

و هذه القيمه تزيد على قيمه العمل المجرد طبعا، و بهذه الزياده تتدارك خساره العامل التى خسرها للمالك- أعنى أجره مثل الأرض- و ان لم يكن له الرجوع بها بعنوانها على الآمر.

و الحاصل: ان قيمه العمل فى هذا الفرض تتدارك خساره العامل من جهه أجره الأرض لا محاله و ان لم يكن ذلك بهذا العنوان مباشره.

(١) الكلام فى هذه الصوره هو الكلام فى صوره تبين الفساد بعد

بيده، فاما يأمر بالإزاله، و إما يرضى بأخذ الأجره، بشرط رضا صاحب البذر. ثم المغرور من المزارع و الزارع يرجع فيما خسره على غاره (١) و مع عدم الغرور فلا رجوع.

التماميه، فإن للمالك مطالبه من له الزرع بأجره مثل أرضه عن الفتره السابقه و له الخيار بالنسبه إلى الفتره الباقيه بين امره

بالقلع و تفريغه أرضه من غير ضمان لأنه إلزام بحق حيث لم يكن الزرع باذنه، و بين إبقاءه فى ملكه مجانا أو بأجره مع التراضى و ليس له إلزام صاحبه بابقاءه مع الأجره كما ليس لصاحبه إلزامه بذلك.

و اما الزرع فهو تابع فى الملكيه للبذر، على ما تقدم بيانه.

و كذا الحال فى اجره العمل، فان الكلام فيه هو الكلام فى الفرض السابق.

نعم لو طالب مالك الأرض مالك البذر بالقلع و تضرر بذلك، كان له فى فرض الغرر الرجوع إلى الغار، بناء على تماميه قاعده الغرور، و إلا- بان لم يكن غرور أو لم تتم قاعده الغرور- فلا رجوع له على أحد لعدم الموجب له.

(۱) لقاعده الغرور.

لكننا قد ذكرنا فى مبحث المكاسب ان هذه القاعده و ان اشتهرت فى السن الأصحاب فى كلماتهم، إلا انها مما لا أساس لها بالمره، فإن أسباب الضمان معدوده محدوده و ليس منها الغرور.

و كلمه «المغرور يرجع على من غر» لم ترد حتى فى روايه ضعيفه فضلا عن المعتبره.

نعم قد يستند فيها إلى روايه محمد بن سنان عن إسماعيل بن جابر

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۶۶

و إذا تبين كون البذر مغصوبا، فالزرع لصاحبه (۱) و ليس عليه أجره الأرض و لا أجره العمل (۲)، نعم إذا كان التبين فى الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزاله (۳)

قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته فسأل عنها فقيل: هى ابنه فلان، فأتى أباها فقال: زوجنى ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمه، قال: ترد الوليده على مواليها و الولد للرجل، و على الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده

كما غر الرجل و خدعه» «۱».

حيث ان ظاهر التعليل كون التدليس موجبا للضمان.

الا أن هذه الروايه و ان عبر عنها بالصحيحه فى كلمات بعضهم ضعيفه السند بمحمد بن سنان حيث لم يثبت توثيق الرجل.

إذن: فهى ساقطه عن الاعتبار و لا يمكن الاعتماد عليها فى شى ء و حيث لا دليل غيرها على القاعده، فلا مجال للاستدلال بها.

(۱) على ما تقتضيه قاعده تبعيه الحاصل للبذر.

الا أنه من غير الخفى أنه انما يتم فيما إذا لم يطالب صاحب البذر الغاصب ببدل بذره التالف نتيجه للزرع، فإنه له ذلك- على ما تقتضيه قاعده الضمان- و إلا فالذى يغرم للمالك قيمه البذر يملك- و بالسيره القطعيه- البذر التالف قهرا- على ما تقدم بيانه غير مره- و حينئذ فيكون الزرع له دون صاحبه.

(۲) لعدم صدور العمل عن أمره كما هو واضح.

(۳) على ما تقتضيه قاعده السلطنه بعد وقوع الفعل من دون إذنه.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۴ باب ۷ من أبواب العيوب و التدليس، ح ۱.

هذا إذا لم يكن محل للإجازه- كما إذا وقعت المعامله على البذر الكلى لا المشخص فى الخارج أو نحو ذلك- أو كان و لم يجز، و لو كان له محل و أجاز يكون هو الطرف للمزارعه (۱) يأخذ الحصه التى كانت للغاصب، و إذا تبين

---

(۱) هذا فيما إذا كان البذر مذكورا فى عقد المزارعه مستقلا بحيث يكون صاحبه طرفا للعامل كما إذا كان البذر على العامل و قد زارع غيره فى حصته على أن يكون البذر على الغير، أو للمالك كما لو بذل احد البذر و زارع غيره على ان يكون الأرض و العمل و العوامل من الغير، ثم بان كون البذر

المبذول من الطرف الأول مغصوبا فان مالكه يكون طرفا لصاحب الأرض فى المعامله، أولهما معا بان يكون من أحدهما الأرض و من الآخر العمل و العوامل و من الثالث البذر خاصه- بناء على ما اختاره الماتن (قده) من صحه عقد المزارعه بين أكثر من اثنين.

فإنه و على تقدير تبين الفساد بانكشاف غصبيه البذر يصبح ملكه بالإجازه للمعامله.

و أما فى غير هذه الصوره كما لو زارع المالك غيره على ان يكون البذر من الثانى فغصب البذر من غيره و زرع، فلا مجال لإجازه مالك البذر المعامله، لأنه ليست بطرف العقد، و يعتبر فى صحه العقد الفضولى بالإجازه ان يكون المجيز طرفا له.

و الحاصل: انه لا مجال للمساعده على إطلاق كلام الماتن (قده) من صحه العقد بالإجازه إذا كان البذر شخصا، فإنه قد يكون موردا للإجازه كما فى الصور الأول المتقدمه، و قد لا يكون موردا لها كما

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۶۸

كون العامل عبدا غير مأذون فالأمر إلى مولاه (۱). و إذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبه فالمزارعه صحيحه (۲)، و لصاحبها أجره المثل أو قيمه الأعيان التالفه (۳) و فى بعض الصور (۴) يحتمل جريان الفضوليه و إمكان الإجازه كما لا يخفى.

فى الصوره الأخيره.

فالصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان باذل البذر طرفا للمعامله فيصح العقد بالإجازه و عدمه فلا يصح.

(۱) ان شاء أجاز و ان شاء فسخ، فان فسخ بطلت المعامله و ان أجاز كانت المزارعه له، و على الأول يستحق على المستفيد اجره مثل العمل لكونه قد استوفى منفعه ملك الغير.

(۲) يظهر الحال فيه مما تقدم، فان الغصب فى جميعها لا يضر بصحه المعامله، فإنها انما تتحقق بإباحه البذر

و الأرض، و اما غيرهما فهو يرجع إلى المقدمات و لا اثر لها فى الحكم بالصحه.

و الحاصل: ان الغصبيه فى هذه الأمور لا تضر بالصحه، فإن الجعل انما عين على الزرع و هو انما يتحقق بالأرض و البذر، و ما عداهما يرجع إلى مقدمات التحصيل و لا اثر لها.

(۳) على ما تقتضيه قاعده الضمان.

(۴) كما لو فرض وقوع العقد مع باذل هذه الأمور بحيث يكون طرفا فيه،- حيث تقدم جواز كون أحد الأركان الأربعه خاصه على أحدهما و الباقى على الآخر.

فلمالك هذه الأمور حينئذ ان يمضى المعامله و يكون طرفا لها،

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۶۹

....

كما هو الحال فى مالك البذر بعينه.

و الحاصل: انه يختلف الحال فى المسأله بين كون مالك المغصوب طرفا مستقلا للعقد فتصح منه الإجازه و عدمه فلا تصح.

ثم ان الماتن (قده) لم يتعرض لاجره الأرض و اجره العمل بالنسبه إلى المتعاملين عند عدم إمضاء مالك البذر للعقد.

و الحق فى المقام ان يقال:- ان الغصب قد يكون منهما معا بحيث يتفقان على غصب البذر من ثالث على ان ينثر فى أرض أحدهما و يعمل فيه الآخر ليشتركا فى الحاصل، ففيه لا شى ء لأحدهما على صاحبه إطلاقا، فان كلا منهما إنما أقدم على بذل ما عليه مجانا و من غير عوض بإزاء اقتسامهما لمال الغير- اعنى الحاصل التابع فى الملكيه للبذر- فلم يضمن أحدهما لصاحبه شيئا فى ضمن العقد كى يكون لصاحبه الرجوع عليه.

و ان كان الغصب من أحدهما خاصه، فإن كان هو مالك الأرض بأن غصب البذر من غيره و سلمه إلى العامل ليزرعه فى أرضه بإزاء النصيب المفروض، فعليه للعامل اجره مثل عمله حيث انه لم يصدر منه مجانا و

انما وقع عن أمره بإزاء الحصه المعينه و حيث انها لم تسلم له لفساد العقد و أخذ المالک للنتاج، ينتقل إلى أجره المثل لا محاله.

و ليس للعامل الرجوع على مالک البذر بأجره مثل عمله و لا لمالک الأرض الرجوع عليه بأجره مثل أرضه، حيث لم يكن شى ء من العمل عن امره.

و ان كـان هو العامل بان غصب البـذر و زارع مالک الأرض على الصـحه المعينه، كان لمالک الأرض تغريمه بأجره مثل أرضه، حيث انه لم يقدم على استيفاء منفعتها مجانا و بلا عوض فتكون مضمونه

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۷۰

[(مسأله ۱۹): خراج الأرض على صاحبها]

(مسأله ۱۹): خراج الأرض على صاحبها (۱)، و كـذا مال الإجاره إذا كانت مستأجره (۲) و كـذا ما يصرف فی إثبات اليد عند أخذها من السلطان (۳): و ما يؤخذ لتركها فی يده (۴) و لو شـرط كونها على العامل- بعضا أو كلا- صح (۵)، و ان كانت ربما تزاد و ربما تنقص على الأقوى فلا يضر مثل هذه الجهاله، للأخبار (۶).

عليه لا محاله.

(۱) بلا خلاف فيه، لانه موضوع على الأرض. و جواز التصرف فيها و إمكانه خارجا متوقف على أداءه.

و بالجمله: فالمسأله إجماعيه، و تدل عليه النصوص صريحا- على ما سيأتی.

(۲) فـإن العامـل أجنبی عنه بـالمره، و على باذلهـا تسـليم الأرض للعامل خاليه عن جميع ما يترتب عليها و يمنع العامل من مزاوله العمل.

(۳) لعين ما تقدم.

(۴) إذ لا فرق فيما ذكرناه من لزوم تسليمها خاليه عن جميع ما يترتب عليها، بين الحدوث و البقاء.

(۵) لما عرفته فی صدر الكتاب من صحه الاشتراط فی عقد المزارعه حتى و لو كان ذلک مقدارا من الذهب أو الفضه.

و هذا كله مضافا إلى دلاله النصوص-

على ما ستعرفها فى التعليقه الآتيه.

(۶) ففى صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه (ع:

«فى الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص

....

فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مأتى درهم فى السنه قال: لا بأس) «۱».

و مثلها صحيحه يعقوب بن شعيب «۲».

و مورد هاتين الصحيحتين و ان كان الإجاره، إلا ان ثبوت الحكم فيها مع كونها مبنيه على تعيين العوضين- الأجره و المنفعه- يقتضى ثبوته فى المزارعه المبنيه على الجهاله فى الجمله.

و أوضح منها صحيحه يعقوب بن شعيب الأخرى عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس» «۳».

فإن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الخراج- الذى اشترط عليه أداءه- معلوما مضبوطا، و كونه ربما يزيد أو ينقص، و لعله يكون هو المتعارف خارجا على ما يستفاد من الصحيحتين الأولتين.

هذا و مع قطع النظر عن النصوص، يدلنا عليه اختصاص اعتبار عدم الغرر بالبيع فقط، إذ لا دليل على اعتباره فى سواه لا سيما فى الشروط إذا لم يسر الغرر منه إلى المشروط.

بل حتى و لو قلنا باعتبار عدمه فيها أيضا، فإن الجهاله فى مثل هذه الأمور التى لها ضابط خارجى معين، لا يعد غررا عرفا، فإن استيجار الدار بشرط ان تكون الضريبه على المستأجر، لا يعد معامله غرريه لمضبوطيه مقدارها و ان لم يعلمه المتعاملان بالفعل، فإن الزياده

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۷ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ۱.

(۲) الوسائل:

ج ۱۳ باب ۱۷ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ۱.

(۳) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ۲.

و أما سائر المؤن- كشق الأنهار، و حفر الآبار، و آلات السقی، و إصلاح النهر و تنقيته، و نصب الأبواب مع الحاجه إليها و الدولاب، و نحو ذلك مما يتكرر كل سنه أو لا يتكرر- فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل (۱) إلا إذا كان هناك عاده ينصرف الإطلاق إليها (۲). و أما

و النقيصه فی هذه الموارد مغتفره و لا تبلغ عاده حد الغرر.

(۱) خلافا للشرائع حيث جعلها على العامل مع عدم الاشتراط، و تبعه عليه غيره. بدعوى انه لما كان العمل واجبا عليه وجب عليه تحصيلها مقدمه لأداء الواجب عليه.

و فيه: ما عرفته فی كتاب الإجاره من ان كيفيه وجوب العمل و نحوه من حيث الإطلاق و الاشتراط تابع للجعل و القرار، فليس هناك وجوب مطلق ابتداء و بحسب جعل الشارع المقدس فی المقام خارجا عن اتفاق المتعاملين، بل الأمر بيدهما من هذه الجهه تماما، فقد يجعل وجوب العمل على الزارع على نحو يقتضی قيامه بمقدماته أيضا فيكون من قبيل الواجب المطلق، و قد يجعل على نحو لا يقتضی إلا قيامه بالعمل فی المواد المستحضره من قبل المالك، كما هو المتعارف فی البناء، حيث لا يجب على العامل إلا العمل فی المواد التی يحضرها المالك، فيكون من قبيل الواجب المشروط.

و من هنا فلا يمكن إعطاء ضابط كلی لمن يكون عليه تهيئه المقدمات خارجا عن قرار المتعاقدين و اتفاقهما، فيجب عليهما التعيين و إلا بطل العقد.

(۲) حيث يكون الاعتماد عليها فی مقام الاتفاق و

العقد نوعا من

ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلما من غير الخراج فليس على المالک (۱). و ان كان أخذهم ذلک من جهه الأرض.

[(مسأله ۲۰): يجوز لكل من المالک و الزارع ان يخرص على الآخر بعد ادراک الحاصل بمقدار منه]

(مسأله ۲۰): يجوز لكل من المالک و الزارع ان يخرص على الآخر (۲) بعد ادراک الحاصل بمقدار (۳) منه، بشرط القبول و الرضا من الآخر (۴) لجمله من الأخبار (۵) هنا

التعيين. فيغنى عن الذكر صريحا.

(۱) إذ لا يجب عليه تدارک ما ورد على العامل من ظلم و ضرر، فإنه أجنبى عنه بالمره.

نعم لو أخذ الغاصب من عين الحاصل، حسب عليهما معا، لانه ضرر توجه عليهما و من غير اختصاص لأحدهما به دون صاحبه.

(۲) بلا خلاف فيه بين الأصحاب إلا من ابن إدريس حيث منع منه لبعض الوجوه الآتيه.

(۳) لكونه من العقود.

(۴) على ما سيأتى بيان الوجه فيه.

(۵) كصحيحه يعقوب بن شعيب «فى حديث» قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطينى نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص و إما ان آخذ انا بذلک، قال:

نعم لا بأس به» «۱».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب بيع الثمار، ح ۱.

و لمزيد من الروايات راجع الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۴ من أبواب المزارعه و المساقاه.

و فی الثمـار. فلا یختص ذلک بالمزارعه و المساقاه (۱). بـل مقتضـی الاخبار جوازه فی کل زرع مشترک أو ثمر مشترک (۲) و الأقوی لزومه بعـد القبول (۳) و ان تبین بعـد ذلـک زیـادته أو نقیصـته لبعض تلـک الاخبـار. مضافـا إلی العمومات العامه خلافا لجماعه و الظاهر

أنه معامله مستقله (۴) و ليست بيعا (۵)

---

(۱) على مـا يظهر ذلـك من صـحيحه يعقوب بن شـعيب المتقـدمه حيث لم يفرض فيهـا كون ذلك فى المزارعه أو المساقاه، أو حصل الاشتراك نتيجه لإرث أو شراء أو غيرهما.

هـذا و لو تنزلنا عن دلاله النصوص، فيكفينا فى الإثبات كون الحكم على القاعده فإن أمر المال المشترك بينهما لأى سـبب كان لا يعدوهما بل هو بيدهما فلهما ان يقسماه بالتراضى كيف شاءا.

(۲) لما تقدم.

(۳) كما هو الحال فى سائر موارد القسـمه، كتقسيم الإرث بالتراضى فإنه يمنع من الرجوع و مطالبه الشركه، فإن المال و بالتقسيم قد خرج من الاشتراك إلى الاختصاص، و معه فلا يجوز لهما الرجوع، لأصاله اللزوم فى كل عقد بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد، و دليل صحته، فإن إطلاقه- على ما عرفته غير مره- يقتضى اللزوم و عدم جواز الفسخ لكل من المتعاقدين.

(۴) لأنها انما تتضمن إخراج المال من الإشاعه و الاشتراك إلى الافراز و الاختصاص.

(۵) كما يشهد له الفهم العرفى.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۷۵

و لا صلحا معاوضيا (۱)، فلا يجرى فيها إشـكال اتحاد العوض و المعوض (۲)، و لا إشـكال النهى عن المحاقله و المزابنه (۳)، و لا اشـكال الربا (۴) و لو بنـاء على مـا هو الأـقوى من عـدم اختصـاص حرمته بالبيع و جريانه فى مطلق المعاوضات مع أن حاصـل الزرع و الشـجر قبل الحصاد و الجـذاذ ليس من المكيل و الموزون (۵). و مع الإغماض عن ذلك كله يكفى فى صـحتها الأخبار الخاصه. فهو نوع من المعامله عقلائيه ثبت بالنصوص، و لتسم بالتقبل.

---

(۱) نعم الصلح بمعناه اللغوى صادق عليه، فإنه أيضا متضمن للتسالم و الاتفاق، إلا انه غير مختص به فإنه

و بهذا المعنى صادق على جميع المعاملات.

(۲) فإنه لا بيع فى المقام كى يستلزم اتحاد العوض و المعوض.

و على تقدير تحقق البيع فلا استلزام إذ العوض انما هو من حصه أحدهما و المعوض من حصه الآخر، فكل منهما يتنازل لصاحبه عن حصته المشاعه فى جزء معين من المال بإزاء تنازل صاحبه له عن حصته المشاعه فى الجزء الآخر.

(۳) فإنهما من بيع الثمر من النخيل أو السنبل من الحنطه بالحاصل من ذلك النخل و الزرع. و أين هما مما نحن فيه من إخراج المال المشترك بينهما من الاشتراك إلى الافراز و الاختصاص؟.

(۴) لاختصاصه بالمعاوضات و المقام ليس منها كما عرفت.

(۵) و حرمه الربا مختصه بهما.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۷۶

و حصر المعاملات فى المعهودات ممنوع (۱)، نعم يمكن ان يقال: إنها فى المعنى راجعه إلى الصلح الغير المعاوضى فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصه أحدهما من المال المشترك كذا مقدارا و البقيه للآخر، شبه القسمه أو نوع منها. و على ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضا، على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهاله فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض، و على هذا لا يكون من التقبيل و التقبل. ثم ان المعامله المذكوره لا تحتاج إلى صيغه مخصوصه، بل يكفى كل لفظ دال على التقبل بل الأقوى عدم الحاجه إلى الصيغه أصلا، فيكفى فيها مجرد التراضى (۲)، كما هو ظاهر الأخبار. و الظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل و إدراكه (۳) فلا يجوز قبل ذلک، و القدر

---

(۱) على ما تقدم منا بيانه فى مباحث المكاسب، كالمبادلات الماليه، فإن تبديل العباءه بالكتاب- مثلا- معامله عقلائيه و ليست

هی من البیع، حیث لا یختص فیها نظر أحدهما إلى المالیه و الآخر إلى الخصوصیه کی یعتبر الأول بائعا و الآخر مشتریا، فان نسبتها إلیهما على حد سواء.

(۲) مع وجود مبرز له فی الخارج کی یتم معنى الإنشاء و العقد- على ما بیناه فی محله من الأصول.

(۳) لا لکونه مورد النصوص، إذ قد عرفت ان الحکم على القاعده

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۷۷

المتیقن من الاخبار کون المقدار المخروص علیه من حاصل ذلک الزرع (۱) فلا یصح الخرص و جعل المقدار فی الذمه من جنس ذلک الحاصل. نعم لو أوقع المعامله بعنوان الصلح على الوجه الذی ذکرنا لا مانع من ذلک فیه (۲) لکنه کما عرفت خارج عن هذه المعامله. ثم ان المشهور بینهم أن قرار هذه المعامله مشروط بسلامه الحاصل، فلو

و لا حاجه فیه إلى النص، و انما لاقتضاء القاعده ذلک، فإن صحه تقسیم المعدوم تحتاج إلى الدلیل، لأنه انما یتعلق بأمر موجود بالفعل فلا اثر للتقسیم قبل تحقق العنوان و صدق کونه حنطه أو شعیرا أو غیرهما بلحاظ حال التحقق.

نعم لو فرضنا إرادتهما تقسیم الزرع الموجود بالفعل- بناء على ما اخترناه من کون مبدإ الشرکه بینهما هو زمان تحقق الزرع- فلهما ذلک، و تکون صحه القسمه على القاعده، إلا انه لیس من قسمه الحنطه و الشعیر على ما هو محل الکلام.

(۱) لان التقسیم- على ما ذکرنا- إخراج للمال عن الإشاعه و الاشتراک إلى الإفراز و الاختصاص، و هو غیر صادق مع کون البدل أمرا ثابتا فی الذمه، فإنه من المبادله لا محاله فیدخل فی عنوان البیع أو الصلح.

(۲) إذ لیس هناک ما یوجب البطلان إلا محذور الربا، و یدفعه عدم کون الحنطه

و الشعير قبل الجذاذ من المكيل أو الموزون، و الربا مختص بهما.

نعم لو كانت هذه المعامله بعد الجذاذ و الحصاد لم تصح لاستلزامها

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۷۸

تلف بآفه سماويه أو أرضيه كان عليهما. و لعله لان تعيين الحصه فى المقدار المعين ليس من باب الكلى فى المعين، بل هى باقيه على إشاعتها (۱) غايه الأمر تعيينها فى مقدار معين.

الربا على تقدير عدم التساوى، إلا ان هذا الفرض خارج عن محل كلامه (قده).

(۱) و فيه: انه لا- مجال لتصور الإشاعه مع فرض التعيين، فإنهما لا يجتمعان إطلاقا إذ الإشاعه تعنى اشتراكهما فى كل جزء، و هو ينافى التعيين الذى يعنى اختصاص كل منهما بشى ء خاص.

إذن: فليس المقام إلا- من قبيل الكلى فى المعين، فان شخص المال بأجمعه لمالك البذر و لصاحبه المقدار المعين على نحو الكلى فى ضمنه.

الا أن هذا لا يعنى مخالفتنا للمشهور فيما ذهبوا إليه، فإنه هو الصحيح فى المقام حتى بناء على ما اخترناه. و ذلك لان الملحوظ فى تعيين المقدار انما هو نسبته إلى المجموع فحينما يخرص الناتج بمائه رطل و يجعل لأحد الطرفين خمسين رطلا فإنما يعنى ذلك جعل النصف له و هكذا فى باقى المقادير، فإنه إنما يدفع له المقدار المعين بلحاظ كون المجموع كذا مقدارا و بالقياس اليه، فالمقدار انما يلحظ كمشير للنسبه لا غير.

و من هنا يكون التالف محسوبا عليهما، حيث انه يؤثر على المقدار العائد إليه لا محاله نتيجه لنقصان ما تخرج منه النسبه.

و لعل مراده (قده) من الإشاعه من المقام هذا المعنى، و إلا فالتعيين لا يتلاءم معها.

ثم أن مما ذكرنا يظهر انه لا فرق فى التلف بين كونه بآفه سماويه

مبانى العروه

الوثقى، ج ۱، ص: ۳۷۹

مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمنى بينهما.

و الظاهر أن المراد من الآفه الأرضيه ما كان من غير الإنسان و لا يبعد (۱) لحوق إتلاف متلف من الإنسان أيضا به، و هل يجوز خرص ثالث حصه أحدهما أو كليهما فى مقدار؟

وجهان أقواهما العدم (۲).

[(مسأله ۲۱): بناء على ما ذكرنا من الاشتراک أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاه]

(مسأله ۲۱): بناء على ما ذكرنا من الاشتراک أول الأمر فى الزرع يجب على كل منهما الزكاه (۳) إذا كان نصيب كل منهما بحد النصاب و على من بلغ نصيبه ان بلغ نصيب أحدهما. و كذا إن اشترطا الاشتراک حين ظهور

أو أرضيه، فإن الحكم فى الجميع واحد، لوحده الملاک. اعنى كون الملحوظ فى الحقيقه هى النسبه، فإنه يوجب اشتراكهما فى تحمل التالف.

(۱) ظهر وجهه مما تقدم.

(۲) لم يظهر لنا وجهه بعد ما تقدم منه (قده) و منا من كون صحه هذه المعامله على القاعده لكونها معامله عقلائيه، فلا يحتاج إلى الدليل الخاص و ان لم تكن من المعاملات المعهوده.

فإنه و بناء على هذا لا وجه لتخصيص الجواز بما إذا كان الخارص احد الشريكين، فإنه ثابت حتى و لو كان الخارص شخصا ثالثا كما لو كان من أهل الخبره و الوثوق.

و مجرد كون مورد الروايات هو الأول لا يدل على اختصاص الحكم به، فالظاهر هو الجواز مطلقا.

(۳) و كذا بناء على ما اخترناه من كون الاشتراک من أول حصول الزرع، لتحقق ملاک وجوب الزكاه فيه أيضا.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۸۰

الثمره، لأن تعلق الزكاه بعد صدق الاسم، و بمجرد الظهور لا يصدق. و ان اشترطا الاشتراک بعد صدق الاسم و حين الحصاد و التصفيه فهى على صاحب البذر فيهما لان المفروض أن الزرع و الحاصل له

إلى ذلک الوقت، فتتعلق الزکاه فی ملکه.

[(مسأله ۲۲): إذا بقی فی الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسمه فنبت بعد ذلک فی العام الآتی]

(مسأله ۲۲): إذا بقی فی الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المده و القسـمه فنبت بعد ذلک فی العام الآتی، فإن کان البذر لهما فهو لهما (۱)، و ان کـان لأحـدهما فله (۲) الاـ مع الاعراض و حینئـذ فهو لمن سـبق (۳) و یحتمـل أن یکون لهما مع عـدم الاعراض مطلقا، لان المفروض شرکتهما فی الزرع و أصله (۴) و إن کان البذر لأحدهما أو لثالث

---

(۱) علی ما تقتضیه قاعده تبعیه النماء للبذر فی الملکیه، فإن النماء الحاصل لما کان نماءا لملکهما معا کان کذلک أیضا.

(۲) لما تقدم.

(۳) ما أفاده (قده) مبنی علی اقتضاء الاعراض لسقوط ملکیه المعرض- بالکسر- عن المعرض عنه و زوالها.

إلا إنک قد عرفت غیر مره، انه لا دلیل علی زوال الملکیه و سـقوطها بالاعراض، فإنه یحتاج إلی الدلیل و هو مفقود، بل مقتضی دلیل الملک بقاءه و عدم زواله بالاعراض، ما لم یکن تصرف الغیر فیه متوقفا علی الملک.

(۴) و هو مبنی علی ما أفاده (قده) من کون مبدأ الاشتراک

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۸۱

و هو الأـقوی. و کـذا إذا بقی فی الأـرض بعض الحب فنبت، فإنه مشترک بینهما (۱)، مع عـدم الاعراض (۲) نعم لو کان الباقی حب مختص بأحدهما اختص به (۳) ثم لا یسـتحق صاحب الأرض أجره لذلک الزرع النابت علی الزارع فی صوره الاشتراک أو الاختصاص به، و ان انتفع بها، إذا لم یکن ذلک من فعله و لا من معامله واقعه بینهما (۴).

بین العامل و المالک هو من حین نثر البـذر بحیث یکون الحب مشترکا بینهما، أو یکون ذلک بالاشتراط حیث تقدم جواز تعیینه کیف ما یشاء!.

و أما

على غير هـذين الوجهين كالوجهين الأخيرين اللـذين ذكرهما (قـده) أو الوجه الـذى ذكرناه من كون مبدأ الاشتراک أول أزمنه حصول الزرع، فحيث ان عقد المزارعه لا يقتضـى إلا الاشتراک فى الحاصل فلا وجه للاشتراک فى المقام، حيث ان البذر حينئذ يختص بباذله سواء أ كان هو الزارع أو مالک الأرض؟

و الحاصـل: ان حال هـذه الصوره- أعنى كون النماء نماءا للأصول الباقيه مع اختصاص البـذر بأحـدهما- حال صوره كون النماء نماءا للحب المختص بأحدهما الآتيه من غير فرق.

(۱) لتبعيه الحاصل للبذر فى الملک، فإنه لما كان مشتركا كان النماء مشتركا لا محاله أيضا.

(۲) بل معه أيضا على ما تقدم،

(۳) لما تقدم.

(۴) فلا موجب للضمان، لأنه انما يكون فيما إذا صدر الفعل

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۸۲

[(مسأله ۲۳): لو اختلفا فى المده و أنها سنه أو سنتان- مثلا]

(مسأله ۲۳): لو اختلفا فى المده و أنها سنه أو سنتان- مثلا- فالقول قول منكر الزياده (۱)، و كذا لو قال أحدهما أنها سته أشهر و الآخر قال إنها ثمانيه أشـهر، نعم لو ادعى المالک مـده قليله لا تكفى لبلوغ الحاصل و لو نادرا ففى تقديم قوله اشـكال (۲). و لو اختلفا فى الحصه قله و كثره فالقول قول صاحب البذر المدعى للقله (۳).

هـذا إذا كان نزاعهما فى زياده المـده أو الحصه و عـدمها، و أما لو اختلفا فى تشـخيص ما وقع عليه العقـد و أنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف (۴) و ان كان خلاف إطلاق كلماتهم، فان حلفا أو نكلا فالمرجع أصاله عدم الزياده.

عن أمره أو مباشـرته له، فلاـ يثبت فى مورد يكون ذلک خارجا عن اختياره و ارادته حتى مع استيفاء للمنفعه، فإنه رزق ساقه اللّه اليه من حيث لم يحتسب.

(۱) لان جواز

تصرف الزارع فی أرض المالک و ملکه فی الزائد أو إلزام المالک له بالعمل فیه یحتاج إلی الدلیل و الأصل عدمه.

(۲) من جهه ان دعواه حینئذ یرجع إلی ادعاء فساد العقد، لأنه یدعی المزارعه فی فتره غیر قابله لتحقق الحاصل، فیتقدم قول صاحبه لأصاله صحه العقد.

(۳) ظهر وجهه مما تقدم.

(۴) بل الظاهر أن القول قول من یدعی القله حتی فی هذه الصوره و ذلک لما عرفته منا غیر مره، ان نصوص القضاء و الدعوی علی

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۸۳

[(مسأله ۲۴): لو اختلفا فی اشتراط کون البذر أو العمل أو العوامل علی أیهما]

(مسأله ۲۴): لو اختلفا فی اشتراط کون البذر أو العمل أو العوامل علی أیهما فالمرجع التحالف (۱) و مع حلفهما أو نکولهما تنفسخ المعامله (۲)

[(مسأله ۲۵): لو اختلفا فی الإعاره و المزارعه]

(مسأله ۲۵): لو اختلفا فی الإعاره و المزارعه فادعی

کثرتها لم تتعرض لتحدید المدعی و المنکر، بل النصوص تعرضت لذکرهما تارکه تفسیرهما للفهم العرفی.

و من هنا فلا بد من الرجوع إلیه فی تحدیدهما، و مقتضاه اعتبار من یلزم بإثبات ما یقوله مدعیا و صاحبه الذی لا یطالب به منکرا من غیر نظر لمصب الدعوی.

فمن یلزم بالإثبات هو المدعی و علیه البینه بأی صیغه کان التعبیر و إظهار الدعوی.

و علیه: ففی المقام حیث یکون مدعی الزیاده ملزما بالإثبات لدی العرف، لأنه یدعی علی صاحبه جواز تصرفه فی المده الزائده فی مال المالک أو استحقاقه للعمل علی العامل فیها أو ملکیته لبعض أمواله، فهو المدعی و یلزم بالإثبات عرفا من دون ان یکون علی صاحبه شی ء فإنه لا یلزم عرفا بإثبات العدم و من هنا یتضح انه لا وجه لاعتبار المقام من موارد التداعی و القول بالتحالف فیه.

(۱) لأن کلا منهما یدعی علی صاحبه شیئا و یلزمه به و هو ینکره فیکون کل منهما ملزما بالإثبات لدی العرف، و هو ضابط التداعی.

(۲) لعدم إمكان تحقق المزارعه بدون ذلك، و عدم إمكان إلزام كل منهما به ظاهرا، و عليه فيكون العقد كأن لم يكن، نظرا لما تقدم فى البيع من ان اختلاف المتعاقدين فى المبيع يوجب الحكم بفساده ظاهرا.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۸۴

الزارع أن المالك أعطاه الأرض عاريه و المالك ادعى المزارعه فالمرجع التحالف أيضا، و مع حلفهما أو نكولهما تثبت اجره المثل للأرض. فإن كان بعد البلوغ فلا اشكال (۱) و

ان

---

(۱) الظاهر أنه لا وجه لعد هذه الصوره من باب التداعى و من ثم القول بالتحالف فيها، و ذلك لما تقدم منا غير مره من ان الملاك فى اعتبار مورد من التداعى انما هو بإلزام كل من طرفى النزاع لصاحبه بشى ء و إنكاره لما يدعيه الآخر، فان هذا الملاك إذا تحقق فى مورد كان ذلك المورد من التداعى و ثبت فيه التحالف و إلا فهو أجنبى عنه.

و عليه ففيما نحن فيه، فحيث ان الإلزام يختص بطرف واحد خاصه و هو المالك حيث يلزم العامل و بحسب دعواه للمزارعه بدفع الحصه من النتاج له، دون العكس فان العامل و بحسب دعواه للعاريه لا يلزم المالك بشى ء إطلاقا، غايه الأمر انه ينكر عليه ما يدعيه خاصه فالمورد خارج عن باب التداعى و داخل فى باب المدعى و المنكر فعلى المدعى الإثبات و على المنكر اليمين.

و مجرد كون كل منهما يدعى أمرا وجوديا، لا يجعل المقام من التداعى.

و الحاصل: ان الإلزام فى المقام لما كان يختص بطرف واحد فقط لم يكن وجه لجعله من مصاديق التداعى و من ثم إثبات اليمين على الطرفين فيه، فإنه من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بد فيه من الرجوع إلى القواعد المذكوره له فى باب القضاء، و مقتضاها ان المدعى إذا تمكن من إثبات دعواه بالبينه أو اليمين المردوده فهو، و إلا فالنتاج بأجمعه للمنكر.

و أما مسأله ثبوت اجره مثل الأرض على العامل للمالك، لكونه

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۸۵

....

قد تصرف فيها و استوفى منفعتها، فقد تعرض لها (قده) فى كتاب الإجاره فى مسأله ما إذا ادعى الساكن للدار العاريه و ادعى المالك الإجاره، و قد عرفت انه لا

موجب لها بالمره، لأن ضمان المنافع انما يثبت بالعقد و الالتزام أو بوضع اليد و التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و لا شى ء فيها موجود فى المقام.

أما الأول فلعدم ثبوته- كما هو المفروض-، و اما الثانى فلإحراز عدمه لكون تصرفه- العامل- فى المال باذن المالك جزما و ان تردد كونه فى ضمن المزارعه أو العاريه.

و قد تعرضنا لتحقيق المسأله مفصلا فى كتاب الإجاره فراجع.

بل فى المقام خصوصيه زائده تقتضى ثبوت اجره المثل حتى و لو قلنا بثبوتها فى الإجاره و هى اعتراف مالك الأرض بعدم ثبوتها فان هذه الخصوصيه موجوده فى المقام و مفقوده فى باب التنازع فى الإجاره، إذ هناك يطالب المالك الساكن بالأجره غايه الأمر أنه يراها المقدار الذى يدعيه، فإذا لم يثبت ما يدعيه فللقول بثبوت اجره المثل وجه و ان لم نكن نرتضيه، فى حين انه فى المقام يعترف بعدم استحقاقه لها بالمره لأنه انما يدعى عليه الحصه من الحاصل خاصه، و من هنا فلا وجه لثبوتها حتى مع القول بها فى الإجاره.

نعم قد يكون ادعاءه للحصه غير مستلزم لاعترافه بعدم استحقاقه الحصه المعينه، كما لو ادعى المالك علم العامل بالحال بحيث يكون إنكاره ناشئا عن الجحود و غصبه لحصته لا الخطأ و النسيان، فان ادعاءه للمزارعه حينئذ لا يلازم اعترافه بعدم استحقاقه لها، فان له أخذها لكن لا بعنوانها و بما هى أجره مثل أرضه و انما بعنوان التقاص و استيفاء حصته المغصوبه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۸۶

كان فى الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (۱)، و فى وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجره إذا أراد

و الحاصل: ان سبب الضمان منحصر فى أمرين العقد و التصرف و

كلاهما مفقود فى المقام فان التصرف انما كان عن إذن المالك قطعا و العقد لم يثبت و ان ادعاه المالك.

إذن: فالصحيح فى هذه الصوره هو الحكم باختصاص الزارع بالحاصل و من دون أن يكون عليه شى ء لمالك الأرض مطلقا ما لم يثبت المالك مدعاه بالبينه أو اليمين المردوده.

(۱) لأن المقام من التداعى حيث ان كلا منهما يلزم صاحبه بشى ء و هو ينكره، فالمالك بدعواه المزارعه يلزم العامل بالعمل فى البذور و الأرض كى يحصل الناتج و يكون مشتركا بينهما. فيما يلزمه العامل بدعواه العاريه بإبقاء زرعه فى أرضه و عدم مزاحمته فى هذه الجهه حتى تحقق الحاصل، باعتبار أنه ليس للمالك الرجوع فى عاريته فى أثناء العمل لاستلزامه تضرر العامل.

و بذلك يتحقق ضابط باب التداعى و من ثم فيثبت التحالف فان حلفا أو نكلا معا انفسخ العقد و كان كأن لم يكن.

هذا كله بناء على ما اخترناه من لزوم العاريه فى المقام- على ما أوضحناه فى المسأله الرابعه- و اما بناء على ما ذهب اليه الماتن (قده) من جواز رجوع المالك فى الأرض المستعاره للمزارعه، فلا وجه لاعتبار هذه الصوره من التداعى، فان الادعاء و الإلزام- حينئذ- انما يختص بطرف واحد هو المالك، حيث يلزم العامل بالحصه من الحاصل، و اما العامل فلا يلزمه بشى ء على الإطلاق، و من هنا

الزارع و عدمه و جواز أمره بالإزاله وجهان (۱) و ان كان

فيكون المقام من المدعى و المنكر.

نعم بناء على وجوب إبقاء المالك للزرع فى هذه الصوره حتى البلوغ عند طلب الزارع ذلك- على ما سيأتى التعرض إليه فى الفرع القادم- فالمقام من التداعى أيضا حيث ان الإلزام لا يختص

بالمالک بل العامل أيضا يلزمه بالإبقاء بالأجره.

و الحاصل: ان اعتبار المقام من التداعی و من ثم إثبات التحالف فيه، يتوقف اما على القول بلزوم العاريه هنا أو القول بلزوم إبقاء الزرع مع الأجره عند طلب الزارع، و إلا فالمقام من موارد المدعی و المنكر حيث يختص الإلزام بطرف واحد هو المالک فقط.

(۱) من سلطنه الناس على أموالهم بعد عدم ثبوت دعوى العامل فلا يجب عليه الصبر إلى البلوغ حتى مع الأجره، و من دليل لا ضرر حيث يستلزم قلعه الضرر على العامل باعتبار ان الزرع حينئذ إنما يباع بقيمه العلف خاصه، و الصحيح هو الأول، و الوجه فيه ما ذكرناه فی غير مورد من أن دليل لا ضرر لما كان واردا مورد الامتنان على العباد و الرأفه على الأمه، لا يعم موارد استلزام رفع الحكم عن أحد تضرر غيره- كما فيما نحن فيه- فان شموله للمقام يستلزم تضرر المالک بقطع سلطنته على ماله، و هو خلاف الامتنان. نظير ذلک ما وقع مقدار من الحب المملوک لأحد فی أرض غيره بفعل الريح أو الصبی أو المجنون، أ فهل يحتمل فيه ان يقال بان لمالک البذر إلزام مالک الأرض بإبقاء الزرع فی أرضه بالأجره باعتبار ان قلعه مستلزم لتضرره؟

فإنه مما لا نظن ان يقول به ففيه.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۸۸

النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (۱)

و الحاصل: ان العقد لما فرض فی حكم العدم نتيجه للتحالف، لم يكن وجه لإلزام مالک الأرض بإبقاء الزرع فی أرضه بإزاء الأجره فإنه مناف لسلطنته و دليل لا ضرر لا يشمل مثله.

هذا كله بالنسبه إلى أجره الأرض بالقياس إلى زمن ما بعد التحالف.

و اما بالقياس

إلى الفتره الماضيه قبل التنازع، فلم يتعرض لها (قده) و الظاهر أن حكمها حكم صوره التنازع بعد البلوغ و ادراك الحاصل، فبناءا على ما اختاره (قده) لا بد في المقام من القول بثبوتها أيضا، و بناء على ما اخترناه فلا.

(١) يظهر حكم هذه الصوره مما ذكرناه في الصوره الأولى- اعنى التنازع بعد بلوغ الحاصل و إدراكه فإن الحكم هنا أوضح منه هناك، إذ لا وجه لعد المقام من باب التداعي، فإن العامل لا يلزم المالك بشي ء مطلقا و انما هو يدعى العاريه و لما كانت دعواه هذه قبل الشروع في العمل فهو معترف بجواز العقد و صلاحيه المالك لفسخه، و حيث ان المالك منكر له، كفى ذلك في انفساخ ما يدعيه العامل على تقدير ثبوته واقعا.

و من هنا فليس للعامل التصرف في الأرض من حيث دعواه العاريه حتى بناء على صدقه واقعا.

و عليه: فيبقى دعوى المالك عليه المزارعه حيث يلزمه بالعمل في الأرض خاليه عن المعارض، و بذلك فيكون من مصاديق المدعى و المنكر، و لا بد من إجراء أحكامه، فإن أثبت مدعاه بالبينه أو اليمين

مباني العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٨٩

[(مسأله ٢۶): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعه]

(مسأله ٢۶): لو ادعى المالك الغصب و الزارع ادعى المزارعه فالقول قول المالك (١) مع يمينه على نفى المزارعه (٢).

[(مسأله ٢٧): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاه و قبل البلوغ؟]

(مسأله ٢٧): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاه و قبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز إلا أن يضمن حصتها للفقراء لانه ضرر عليهم

المردوده فهو و إلا فليس على العامل شي ء.

(١) لأن وضع اليد على مال الغير و التصرف فيه بغير إذنه محرم شرعا و موجب للضمان، و من هنا فعلى العامل في إسقاط الضمان على نفسه من إثبات مدعاه، و إلا فعليه اجره المثل لتصرفه في أرض الغير الذي لم يثبت كونه عن إذن المالك، و الأصل عدمه.

(٢) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

ثم ان تقييده (قده) لسماع قوله بنفي المزارعه انما هو من جهه انحلال ادعاء المالك في الحقيقه إلى دعويين:- الأولى: دعوى عدم المزارعه و كون تصرف الزارع في أرضه تصرفا بغير إذنه. الثانيه:- دعوى كونه غاصبا و كون تصرفه محرما و على خلاف الموازين الشرعيه.

فدعوى المالک للغصب انما تسمع فيما يعود إلى الشق الأول خاصه حيث ان التصرف فى مال الغير يتوقف على إذنه و هو غير ثابت بل الأصل عدمه، فيضمن العامل لاجره المثل لا محاله.

و أما فيما يعود إلى الشق الثانى، فلا تسمع دعواه، و من هنا فلا يعامل الزارع معامله الغاصب، فلا يحكم بفسقه كما لا يثبت عليه التعزير للغصب.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۹۰

و الأقوى الجواز، و حق الفقراء يتعلق بذلک الموجود (۱) و ان لم يکن بالغا.

[(مسأله ۲۸): يستفاد من جمله من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدى خراجها عنه]

(مسأله ۲۸): يستفاد من جمله من الأخبار (۲) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيه أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدى خراجها عنه و لا بأس به.

[مسائل متفرقه]

اشاره

مسائل متفرقه:

[الأولى: إذا قصر العامل فى تربيه الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت]

الأولى: إذا قصر العامل فى تربيه الزرع فقل الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت (۳) بحسب تخمين أهل الخبره، كما

---

(۱) بمعنى ان حق الفقراء انما تعلق بالمال بما هو هو و بما عليه من الحال اعنى المال الذى لمالک الأرض حق قلعه، و من هنا فلا يکون حقهم مانعا من استعمال المالک لحقه، و هو ظاهر.

(۲) ففى صحيحه يعقوب بن شعيب عن أبى عبد اللّه (ع) قال:

«سألته عن الرجل تکون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس» «۱».

و نحوها غيرها، على ان الحكم على القاعده و لا حاجه فى إثباته إلى النص، فان حق الزراعه و العماره ثابت لمن الأرض بيده فعلا، فله أن ينقله إلى غيره مجانا أو بعوض معلوم أو الحصه من الحاصل.

(۳) و قد استشكل فيه بعضهم بدعوى انه لا دليل على ضمان النقص

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ۲.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۹۱

صرح به المحقق القمی (قده) فی أجوبه مسائله.

[الثانیه: إذا ادعی المالک علی العامل عدم العمل بما اشترط فی ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط]

الثانیه: إذا ادعی المالک علی العامل عدم العمل بما اشترط فی ضمان عقد المزارعه من بعض الشروط، أو ادعی علیه تقصیره فی العمل علی وجه یضر بالزرع، و أنکر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصیر فیه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن فی

إلا قاعده الإتلاف و هی تختص بالنقص الطاری علی المال الموجود بالفعل، فلا تشمل صوره عمل العامل شیئا یوجب قله الحاصل و وجوده ناقصا.

نعم فی هذه الصوره یکون للمالک الخیار فان فسخ رجع بأجره مثل أرضه و بدل بذره علی تقدیر کونه منه.

و فیه:

ان ظاهر كلامه (قده) وجود الزرع بالفعل و كون التقصير فى تربيته خاصه، و هو موجب للضمان، لان الزارع بتقصيره فى التربيه قد أوجب نقصا و عيبا فى المال الموجود بالفعل، و تلف الوصف كتلف العين موجب للضمان إلا ان حقه لا ينحصر فى ذلك فله فسخ العقد لتخلف العامل عن تربيه الزرع.

و الحاصل: ان المالك فى هذه الصوره بالخيار بين فسخه للعقد و بين إبقاءه على حاله و تضمين العامل للوصف الفائت.

نعم لو كان التقصير قبل وجود الزرع و تحققه، فالإشكال وارد فإنه ليس بمال بالفعل و معه فلا موجب للضمان.

إذن: فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين كون التقصير بعد خروج الزرع و تحققه فيضمن و بين كونه قبله فلا يضمن.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۹۲

عمله (۱) و كذا لو ادعى عليه التقصير فى حفظ الحاصل بعد ظهوره و أنكر (۲)

[الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط]

الثالثه: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر (۳).

[الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله فعليه إثباته]

الرابعه: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن فى المعامله فعليه إثباته (۴) و بعده له الفسخ (۵).

---

(۱) خلافا للقاعده حيث تقتضى كون الإثبات على العامل، إلا اننا قد خرجنا عنها لوجود الدليل على تقديم قول العامل و هو مضافا إلى ما يستفاد من جمله من النصوص من قبول قول الأمين و عدم مطالبته بالإثبات ما لم يثبت خلافه، السيره العمليه القطعيه المتصله بعهد المعصومين (ع)، حيث جرى بناء العقلاء من المتشرعه و غيرهم على قبول قول الوكيل فيما هو وكيل فيه، فتراهم يعتمدون على قوله فى إجراء العقد إذا كان وكيلا فيه و يرتبون عليه الأثر من غير ان يلزم بالإثبات.

(۲) و إلى هذا الدليل الكلمه المعروفه فى ألسنتهم «من ملك شيئا ملك الإقرار به».

(۳) لما تقدم.

(۴) لكون الشرط أمرا زائدا على ما يقتضيه عقد المزارعه و الأصل عدمه، كما هو الحال فى سائر العقود.

(۵) إذ العقد بطبيعته الأوليه يقتضى اللزوم و عدم جواز رفع اليد لكل منهما عنه و من هنا فعلى مدعى الغبن الإثبات لرجوع دعواه إلى ثبوت حق رفع اليد عما التزم به و فرض العقد كأن لم يكن.

[الخامسه: إذا زارع المتولی للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلی مده لزم]

الخامسه: إذا زارع المتولی للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلی مده لزم و لا تبطل بالموت (۱) و أما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف علیهم الأرض الموقوفه ثم مات فی الأثناء قبل انقضاء المده، فالظاهر بطلانها من ذلک الحین، لانتقال الأرض إلی البطن اللاحق (۲) کما ان الأمر کذلک فی إجارته لها (۳). لکن استشکل فیه المحقق القمی (قده) بان عقد المزارعه لازمه لا تنفسخ الا بالتقایل أو ببعض الوجوه التی ذکروها. و لم یذکروا

فی تعدادها هذه الصوره مع أنهم ذکروا فی الإجاره بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات فی أثناء المده ثم استشعر عدم الفرق بینهما بحسب القاعده، فالتجأ إلی أن الإجاره أیضا لا تبطل بموت البطن السابق فی أثناء المده و ان کان البطن اللاحق یتلقی الملک من الواقف لا ـ من السابق، و ان ملکیه السابق کانت إلی حین موته (۴)، بدعوی: أنه إذا آجر مده لا تزید علی عمره الطبیعی و مقتضی الاستصحاب بقاءه

---

(۱) علی ما یقتضیه خیار الغبن.

(۲) فإن عقده نافذ علیهم، لکونه مالکا لذلک التصرف بحسب تولیته.

(۳) فیکون العقد بالنسبه إلیهم فضولیا إن شاءوا أجازوا و الا حکم ببطلانه.

(۴) علی ما مر بیانه مفصلا فی کتاب الإجاره.

بمقداره، فکما أنها فی الظاهر محکومه بالصحه کذلک عند الشارع و فی الواقع فبموت السابق ینتقل ما قرره من الأجره إلی اللاحق، لا الأرض بمنفعتها. إلی آخر ما ذکره من النقض و الإبرام، و فیه ما لا یخفی (۱). و لا ینبغی الإشکال فی البطلان بموته فی المقامین.

---

(۱) فان الاستصحاب حکم ظاهری صرف لا یوجب ای تبدیل فی الواقع، و من هنا فلا مجال للتمسک به بعد انکشاف الخلاف و کون العقد واقعا علی ملک الغیر و متعلقا به، بل لا محیص عن الحکم ببطلانه.

و لذا لا یلتزم أحد بصحه العقد فیما لو باع المالک داره مستندا إلی استصحاب بقاءه علی ملکه ثم تبین بیع وکیله له قبل ذلک، فإنه لا یحتمل ان یقال بنفوذ عقد المالک علی المشتری من الوکیل بحیث یکون الثمن المسمی فی العقد له لمجرد انه استند إلی الاستصحاب، فان بطلانه من أوضح الواضحات.

و أوضح منها فی

البطلان قياس المقام على موت المالك فى أثناء مده الإجاره، فإن الذى ينتقل من المورث إلى الوارث انما هو تركته و من هنا فإذا كان المورث قد استوفى المنفعه فى حياته، حيث يكون له ذلك لانه مالك للمنافع إلى الأبد لا المنفعه ما دام حيا كما هو الحال فى ملكيه البطن الموجود لمنفعه العين الموقوفه- بإجارته للعين فتره تزيد على حياته، فلم تبق تلك المنفعه على ملكه كى تنتقل إلى الورثه فإن الانتقال إليهم فرع كونها مما تركه الميت، و هو منتف مع استيفاءه لها فى حياته.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۹۵

[السادسه: يجوز مزارعه الكافر]

السادسه: يجوز مزارعه الكافر، مزارعا كان أو زارعا (۱).

[السابعه: فى جمله من الأخبار النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض]

السابعه: فى جمله من الأخبار (۲) النهى عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض،

و كيف كان: فما أفاده المحقق القمى (قده) يعد غريبا منه- رحمه اللّه.

(۱) بلا اشكال فيه، و تدل عليه مضافا إلى إطلاقات الأدله كما هو الحال فى سائر المعاملات من البيع و الإجاره و غيرها، موثقه سماعه قال: «سألته عن مزارعه المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العلج، قال:

لا بأس به» «۱».

فيستفاد من فرض كون الأرض من الكافر صحه كونه مزارعا للمسلم، و من فرض كون العمل عليه صحه كونه زارعا.

(۲) ففى صحيحه عبد اللّه بن سنان أنه قال: «فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر، و ثلث للبذر، و ثلث للأرض قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا، ان شئت نصفا، و ان شئت ثلثا» «۲».

و فى صحيحه سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يزارع فيزرع ارض آخر فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۲ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۸ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۵.

مبانی العروه الوثقی، ج ۱، ص: ۳۹۶

و انه لا- ینبغی ان یسمی بذرا و لا- بقرا، فإنما یحرم الکلام، و الظاهر کراهته (۱) و عن ابن الجنید و ابن البراج حرمته (۲) فالأحوط الترک.

[الثامنه: بعد تحقق المزارعه علی الوجه الشرعی، یجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان یصالح عن حصته]

الثامنه: بعد تحقق المزارعه علی الوجه الشرعی، یجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل ان یصالح عن حصته (۳) بمقدار معین من جنسه أو غیره بعد التخمین

بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضا (۴). كما أن الظاهر جواز

قال: لا ينبغى ان يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام» «۱».

و نحوهما غيرهما.

(۱) لا وجه لهذا الظهور بعد صحه إسناد الروايات و وضوح دلالتها على المنع إلا دعوى إعراض الأصحاب عنها، لكنك خبير بعدم تماميه هذه الدعوى، فإنه لا يوجب وهنا فى الروايه ما لم يتم الإجماع القطعى على الخلاف.

(۲) و مال إليها صاحب الجواهر (قده) و هو الصحيح لما عرفت.

(۳) فإنه مالك لها بالفعل، و له التصرف فيها و نقلها إلى الغير كيف شاء.

(۴) و فيه ما لا يخفى، فان الزرع قبل ظهوره أمر معدوم لا وجود له، فلا يصلح للمصالحه عليه، فإنها انما تقع على المملوك دون غيره.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۸ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۶.

مصالحه أحدهما مع الآخر عن حصته فى هذه القطعه من الأرض بحصه الآخر فى الأخرى (۱)، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل احدى القطعتين لأحدهما و الأخرى للآخر إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصه مشاعه من أول الأمر و فى أصل العقد (۲).

[التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنه الأولى]

التاسعه: لا يجب فى المزارعه على أرض إمكان زرعها من أول الأمر، و فى السنه الأولى، بل يجوز المزارعه على

و بعباره اخرى: ان مصالحه الموجود بالمعدوم محكومه بالفساد نظرا لاختصاصها بما يعد مالا و يكون مملوكا بالفعل.

نعم فى خصوص بيع الزرع قبل ظهوره ثبت جوازه مع الضميمه بالنص الخاص فيكون تخصيصا لحكم القاعده كما هو الحال فى بيع الآبق مع الضميمه، فيمكن إثبات الحكم فى المقام و التزام جواز المصالحه على الزرع المعدوم بالفعل مع الضميمه بالأولويه القطعيه، فإنه إذا

جاز بيعه كذلك جاز الصلح عليه بطريق أولى.

إذن: فالصحيح هو التفصيل بين خلو العقد عن الضميمه فيحكم ببطلانه و اقترانه بها فيحكم بصحته.

(١) فإنه و ان كان يعتبر فى عقد المزارعه كون الحاصل مشتركا و مشاعا بينهما، الا انه و بعد الحكم بصحه العقد و ملكيه كل منهما مقدارا من الناتج، لا بأس بنقل حصته إلى غيره و تقسيم المال المشترك بينهما بالصلح أو غيره ما لم يمكن ذلك قبل ظهور الزرع.

(٢) على ما تقدم توضيحه.

مبانى العروه الوثقى، ج ١، ص: ٣٩٨

أرض بائره لا يمكن زرعها الا بعد إصلاحها و تعميرها سنه أو أزيد (١) و على هذا إذا كانت أرض موقوفه (٢)- وقفا عاما أو خاصا- و صارت بائره يجوز للمتولى أن يسلمها الى شخص بعنوان المزارعه إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد- حسب ما تقتضيه المصلحه- على أن يعمرها و يزرعها الى سنتين- مثلا- لنفسه ثم يكون الحاصل مشتركا بالإشاعه بحصه معينه.

[العاشره: يستحب للزارع – كما فى الأخبار – الدعاء]

العاشره: يستحب للزارع- كما فى الأخبار- الدعاء

---

(١) فان ذلك يرجع فى الحقيقه إلى جعل العقد بعد الفتره المستثناه للإصلاح و التعمير أو غيرهما و كأنه لا عقد قبلها، مع تسليم الأرض للزارع من الآن لينتفع بها وحده كشرط مأخوذ فى العقد، فإنه لا بأس به ما دام سائغا حيث قد عرفت جواز الاشتراط فيها.

و مما ذكرناه يظهر انه لا وجه للإيراد عليه، بان اختصاص الزرع فى الفتره المستثناه بالعامل ينافى وضع المزارعه و مبناها.

فان عقد المزارعه انما هو واقع فى الحقيقه على الأرض بعد تلك المده، و أما قبلها فلا مزارعه، و كون الأرض فى يد المزارع أمر خارج عن المزارعه ثبت بالاشتراط.

(٢) لا وجه لتخصيص ذلك بالوقف كما يظهر

من عبارته (قده) فإنه يجوز فى الملك الخاص أيضا كما لو زارع المالك غيره على ان يكون الزرع بعد فتره محدده لإصلاح الأرض و تعميرها تكون الأرض فيها بيد الزارع بالاشتراط.

مبانى العروه الوثقى، ج ۱، ص: ۳۹۹

عند نثر الحب، بأن يقول: «اللهم قد بذرنا و أنت الزارع و اجعله حبا متراكما (۱)، و فى بعض الأخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعا فخذ قبضه من البذر و استقبل القبله و قل: أَ فَرَأَيْتُمْ مٰا تَحْرُثُونَ، أَ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزّٰارِعُونَ ثلاث مرات ثم تقول: بل اللّه الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: اللهم اجعله حبا مباركا و ارزقنا فيه السلامه، ثم انثر القبضه التى فى يدك فى القراح» (۲). و فى خبر آخر (۳) «لما هبط آدم (ع) الى الأرض احتاج الى الطعام و الشراب فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل: يا آدم كن حراثا فقال (ع): فعلمنى دعاء، قال: قل: اللهم اكفنى مؤنه الدنيا و كل هول دون الجنه و ألبسنى العافيه حتى تهنئنى المعيشه».

---

(۱) ورد ذلك فى روايه شعيب العقر العقرقوفى عن أبى عبد اللّه (ع) «۱».

(۲) كما ورد فى روايه ابن بكير عن أبى عبد اللّه (ع) «۲».

(۳) رواه مسمع عن أبى عبد اللّه (ع) «۳».

تم كتاب المزارعه و له الحمد و المنه و الحمد للّه رب العالمين هذا أخر ما أردنا إيراده فى هذا الجزء و سيتلوه كتاب المساقاه ان شاء اللّه تعالى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۵ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۵ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح ۳.

(۳) الوسائل: ج ۱۳ باب ۵ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه ح

.۱

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مبانی العروه الوثقی، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١۴٢۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الکتب والملزمات والدوریات
إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب
إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة
إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة
افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها
تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms
إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس
إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
۴.CHM
۵.PDF
۶.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز القائمية اصبهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩